Olivier Frot

Marchés publics : Comment choisir le mieux-disant ?

La détermination des critères et leur pondération

2e édition révisée

Préface de Thierry Beaugé

AFNOR

Marchés publics :

Comment choisir le mieux-disant ?

Olivier **Frot**

Marchés publics :

Comment choisir le mieux-disant ?

La détermination des critères et leur pondération

2e édition révisée

Préface de Thierry Beaugé

AFNOR

Du même auteur

Développement durable et marchés publics, AFNOR, 2008

Chez le même éditeur

T. Beaugé, *Dictionnaire de la commande publique*, 2006
J.-A. Pinçon, *30 leviers au service de l'acheteur public et privé*, 2007

Remerciements

Je tiens à remercier Claudine Broquet, Alexis Koumbatcheff et Florence Frot pour leur aide précieuse.

ISBN : 978-2-12-380512-0

AFNOR – 11, rue Francis de Pressensé, 93571 La Plaine Saint-Denis Cedex
Tél. : +33 (0)1 41 62 80 00 – www.afnor.org

Sommaire

PARTIE II
La mise en œuvre de la sélection

Avant-propos

S'il devait y avoir un épicentre dans le processus de l'achat, ce serait la définition des besoins et le jugement des offres. Tout le reste irradie, en cercles concentriques, des spécifications techniques qui seront exigées aux dispositions administratives et aux engagements contractuels.

Tout le monde s'accorde pour dire que la définition des besoins est sans doute la phase la plus importante de l'achat public comme de l'achat privé. C'est là qu'il faut savoir perdre du temps pour en gagner plus sûrement après. Combien d'avenants, de travaux supplémentaires à la réalité douteuse, de régularisations, de dépassement des seuils évités…

Mais comment définir ces besoins, comment élaborer les critères de choix qui permettront de retenir le meilleur produit ? Qu'est-ce d'ailleurs que le meilleur produit ou service ? Le plus beau, le plus cher, le plus extraordinaire… ou le juste produit, au juste prix, au juste moment ? Nous sommes avec cet ouvrage au cœur de la principale problématique de l'achat, dans ce qu'elle a d'ailleurs de commun avec l'achat privé : comment choisir le mieux-disant ?

À l'occasion, l'auteur en profite pour faire des rappels à la réglementation qui sont essentiels et qui donnent à cet ouvrage technique un caractère généraliste.

Mais l'apport principal est d'ordre technique. Qui n'a pas confondu critères de sélection des fournisseurs et critères de choix ou de jugement des offres ? La pondération des critères devient obligatoire. Comment l'estimer ? Comment la mettre en œuvre ? Comment la noter ?

Avec méthode, Olivier Frot nous donne des conseils, mais ce qui est mieux encore, il nous accompagne jusqu'à leur mise en œuvre, car praticien avant tout il est, riche d'une longue expérience dans le monde de la Défense nationale ; où le mot méthode a un sens.

Thierry BEAUGÉ

Introduction

Lettre du maréchal Vauban au ministre Louvois, 1683

« Monseigneur,

Il y a quelques queues d'ouvrages des années dernières qui ne sont point finies et qui ne finiront point, et tout cela Monseigneur, par la confusion que causent les fréquents rabais qui se font dans vos ouvrages, car il est certain que toutes ces ruptures de marchés, manquements de paroles et renouvellement d'adjudications ne servent à vous attirer comme entrepreneurs tous les misérables qui ne savent où donner de la tête : les fripons et les ignorants, et à faire fuir tous ceux qui ont de quoi et qui sont capables de conduire une entreprise.

Je dis plus, qu'elles retardent et renchérissent considérablement les ouvrages qui n'en sont que plus mauvais, car ces rabais et bon marché tant recherchés sont imaginaires, d'autant qu'il est d'un entrepreneur qui perd comme d'un homme qui se noie, qui se prend à tout ce qu'il peut : or, se prendre à tout ce qu'on peut en matière d'entrepreneur, c'est ne pas payer les marchands chez qui il prend les matériaux, friponner ce qu'il peut… n'employer que les plus méchants matériaux, chicaner sur toutes choses et toujours crier miséricorde contre celui-ci et celui-là…

En voilà assez, Monseigneur, pour vous faire voir l'imperfection de cette conduite : quittez-la et au nom de Dieu rétablissez la bonne foi, donnez les prix et les ouvrages et ne refusez pas un honnête salaire à un entrepreneur qui s'acquitte de son devoir, ce sera toujours le meilleur marché. »

Vauban se plaignait à son ministre des Finances, Louvois, des ravages causés par le choix systématique du moins-disant. Il plaidait pour une approche plus qualitative de l'achat, offrant au final une prestation moins onéreuse si l'on considère l'achat dans sa globalité. En effet, le choix d'un fournisseur est chose délicate en matière de marchés publics. Il arrive encore trop fréquemment que l'acheteur porte son choix sur le candidat le moins-disant, le prix proposé paraissant le critère objectif le plus évident et le moins contestable. Ce parti pris permet en outre, de ne pas avoir à justifier le choix d'une offre plus onéreuse, devant des organismes de contrôle pour lesquels la culture de l'offre la plus basse reste profondément ancrée.

Pourtant, comme au temps de Vauban, l'offre la plus basse n'est pas toujours la moins chère…

La réglementation actuelle, d'inspiration européenne, donne le choix entre « l'offre économiquement la plus avantageuse », autrement dit le « mieux-disant », en fonction de critères décidés et annoncés au départ, et le choix du « moins-disant », évalué sur le seul critère du prix. Le choix du mieux-disant, qui est encouragé, nécessite une bonne définition préalable du besoin, permettant de dégager des critères pertinents qui serviront à sélectionner la meilleure offre.

À cet effet, l'acheteur public est conduit à utiliser des outils du secteur privé, certaines administrations n'hésitant pas à recruter, quand elles le peuvent, des acheteurs industriels issus du monde de l'entreprise.

L'achat reste avant tout un acte économique, qui doit s'effectuer selon des règles de transparence, précisées par la réglementation ou laissées à la diligence de l'acheteur, selon le cas.

Le choix du prestataire s'effectue donc selon des critères préalablement déterminés et annoncés. Ils découlent d'une bonne connaissance du besoin : si l'on sait bien ce que l'on veut et pourquoi, alors on saura comment le choisir.

La mise en œuvre reste délicate et redoutée des acheteurs, que l'on ait recours à la hiérarchisation des critères de choix ou à leur pondération, cette dernière technique devenant maintenant la règle. Une pondération mal maîtrisée peut avoir des effets pervers, conduisant à choisir une offre qui ne correspond pas réellement au

besoin. La pondération, souvent préférée par les juristes car elle apporte une traçabilité évidente, reste un outil efficace mais sensible, nécessitant une préparation sans faille. L'objectivité qu'elle renvoie ne saurait masquer la subjectivité tenant au mode de calcul lui-même : comment assurer la notation, avoir un premier et un dernier, avec quelle amplitude justifiée ? Selon la technique utilisée, on peut obtenir des résultats très différents : reste à maîtriser les outils pour optimiser le choix. Il convient donc d'arrêter un système de cotation approprié, au plus tard avant l'ouverture des offres, afin de garantir la sécurité juridique des acteurs.

L'acheteur doit ainsi se doter d'une boîte à outils, utilisée judicieusement : on ne dévisse pas un boulon avec une pince multiprise, mais avec la clé de la taille adéquate… Ces outils permettent en outre de modéliser des grilles d'analyse comparative, indispensables dans le déroulement d'une éventuelle phase de négociation, lorsque la réglementation le permet.

Le propos de cet ouvrage est de donner des indications concrètes aux acheteurs sur ces outils, situés dans leur contexte. Il doit aussi permettre aux entreprises candidates aux marchés publics de mieux comprendre la nouvelle logique voulue par l'évolution de la réglementation applicable.

PARTIE I

L'élaboration des critères de choix

La finalité de l'achat est avant tout un acte économique, dans lequel le choix pertinent de l'offre est essentiel. Ce choix se fait sur la base de critères déterminés et annoncés à l'avance[1] :

- « non discriminatoires,
- ne conférant pas un pouvoir inconditionnel à l'acheteur,
- liés à l'objet du marché (ou de l'achat),
- expressément mentionnés ».

Convention

Compte tenu des réformes successives du droit de la commande publique récemment intervenues, nous parlerons pour plus de clarté du *décret portant Code des marchés publics n° 2006-975 du 3 août 2006* en tant que « nouveau Code », les précédents textes étant appelés « Code 2004 », « Code 2001 » ou « ancien Code ».

1. CJCE 17 septembre 2002, HKL *Concordia Bus Finland*, affaire C513/99 et CJCE 20 septembre 1988, Beentjes BV c/ État des Pays-Bas, affaire 31/87.

1

Les acteurs de l'achat et leur environnement

1.1 L'organisation

Les textes définissent un certain nombre d'acteurs de la commande publique, ainsi que leurs attributions. Pourtant, l'organisation de la fonction achat dans le secteur public ne répond pas à des textes spécifiques. Elle découle le plus souvent de la simple organisation des services en vue de leurs missions, de leurs moyens matériels et humains : services opérationnels ou de soutien, services juridiques, financiers... Les contraintes liées au contrôle interne ou externe peuvent aussi influencer l'organisation.

1.1.1 Approche organique

■ ***Une répartition des rôles variable selon les institutions : État, collectivités territoriales, établissements hospitaliers***

Les marchés publics sont passés par des « pouvoirs adjudicateurs », notion européenne maintenant reprise dans le nouveau Code des marches publics. Ce texte fait aussi apparaître la notion nouvelle

« d'entité adjudicatrice », qui concerne ces mêmes pouvoirs adjudicateurs, lorsqu'ils agissent en tant qu'opérateurs de réseaux.[1]

Article 2 du nouveau Code des marchés publics

Les pouvoirs adjudicateurs soumis au présent Code sont :

– l'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial ;
– les collectivités territoriales et les établissements publics locaux.

Sauf dispositions contraires, les règles applicables à l'État le sont également à ceux de ses établissements publics auxquels s'appliquent les dispositions du présent Code. De même, sauf dispositions contraires, les règles applicables aux collectivités territoriales le sont également aux établissements publics locaux.

Dans cet ouvrage, les rappels réglementaires ne s'adressent qu'aux pouvoirs adjudicateurs, dans le cadre du décret portant Code des marchés publics. Toutefois, les outils décrits dans la seconde partie pourront s'appliquer indifféremment aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices, qu'elles relèvent de la seconde partie du Code des marchés publics ou bien de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005[2], ou encore de l'arrêté du 4 octobre 2005 portant réglementation sur les marchés des organismes de sécurité sociale.

Dans la pratique quotidienne, le nouveau Code développe la notion de Commission d'appel d'offres, organe collégial chargé d'examiner les candidatures et les offres. Cette commission est obligatoire pour certains marchés, elle est consultative pour l'État, décisionnelle pour les collectivités territoriales, sous réserve d'autorisation de l'assemblée délibérante[3]. La répartition des responsabilités entre la Commission et le responsable désigné par le Ministre ou le Préfet (État), ou l'exécutif territorial, font l'objet de textes spécifiques.

1. Notion reprise par la nouvelle directive 2004-17/CE du 30 avril 2004, concernant les activités d'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans des domaines variés tels que l'électricité, le gaz, le chauffage, l'eau, le transport, les services postaux…dont le détail est donné dans l'article 14 du nouveau Code des marchés publics.
2. Relatif aux marchés passés par les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics.
3. Autorisation pouvant intervenir soit en début, soit en fin de procédure, selon les dispositions de l'ordonnance n°2005-645 du 6 juin 2005, JO du 7 juin.

La notion de PRM a disparu avec la dernière réforme, laissant la place à celle, plus large et d'inspiration européenne, de « pouvoir adjudicateur ». Les désignations des autorités autorisées à engager les pouvoirs adjudicateurs répondent donc désormais aux dispositions générales de délégation de pouvoir et de délégation de signature.

> **Par convention pour la suite de l'ouvrage, le terme « d'autorité délégataire » sera utilisé pour parler de la personne autorisée à préparer et signer les actes relatifs aux marchés, en remplacement de l'ex-PRM. Il convient de souligner qu'à la date de rédaction de cet ouvrage, certaines imprécisions demeurent concernant les collectivités territoriales, entre les attributions du chef de l'exécutif territorial et celles de l'assemblée délibérante, du fait de la disparition de la notion de PRM.**

■ *L'organisation des services de l'État*

Concernant l'État, le ministre désignait jusqu'à présent, par arrêté, les « personnes responsables des marchés » ainsi que le niveau auquel doit être défini le besoin : généralement, ce niveau reprend un découpage organique correspondant à l'exercice de missions spécifiques (une direction, un établissement).

Dans le cas des services déconcentrés, c'est au préfet qu'il appartient de prendre un tel arrêté : par exemple, il désigne le directeur départemental de l'équipement en tant qu'autorité délégataire, le besoin spécifique à l'équipement étant déterminé au niveau de la direction (DDE).

Cette désignation s'assimile à une délégation de pouvoir, attachée à la fonction. Le délégataire peut, si l'arrêté le prévoit, déléguer nominativement sa signature pour prendre les actes relevant de sa compétence. Cette délégation ne peut être subdéléguée[4].

La commission d'appel d'offres (CAO), décrite dans l'article 21 du nouveau Code, intervient dans les procédures de passation (à l'exception des procédures adaptées au sens de l'article 28 du nouveau Code des marchés publics). Cette commission, où siègent

4. À noter toutefois pour les administrations centrales, les nouvelles dispositions, plus souples, introduites par le décret n° 2005-850 du 27 juillet 2005, relatif aux délégations de signature des membres du gouvernement, JO du 28 juillet, commenté par M. Liebert-Champagne AJDA n°31/2005, p. 1723.

Au sujet de la disparition de la notion de PRM, communiqué du ministère des Finances, août 2005

« Le projet de Code des marchés publics soumis actuellement à la **concertation** prévoit la suppression de la personne responsable des marchés (PRM).

Un certain nombre d'acheteurs publics ont manifesté à cet égard leurs inquiétudes et leurs interrogations. Ces interrogations portent essentiellement sur la question de savoir qui, dans les différentes phases des procédures de marchés, accomplira les actes juridiques ou matériels en principe dévolus, par le Code actuel, à la PRM.

Il convient de rappeler que la PRM n'a, en application de l'article 20 du Code 2004, que deux attributions qu'elle se doit d'accomplir elle-même : le choix de l'attributaire du marché et la signature du marché. Pour le reste, elle peut se faire représenter dans l'exercice de ses fonctions.

La réforme envisagée n'a nullement pour effet d'interférer avec les règles d'organisation interne des acheteurs publics et encore moins de les modifier.

Il reviendra comme maintenant, à l'autorité compétente du pouvoir adjudicateur, c'est-à-dire de la personne publique qui passe un marché, de désigner, selon les règles d'organisation qu'elle s'est donnée, et par le biais des délégations de compétence ou de signature, les agents qui seront habilités, dans leur domaine de compétence, à passer et signer des marchés. Ces agents eux-mêmes habiliteront les personnes placées sous leur autorité à les représenter pendant le déroulement de la procédure pour, par exemple, éliminer un candidat (article 53), ou pour rejeter une offre anormalement basse (article 55) ou encore pour ouvrir l'enveloppe relative aux candidatures et en enregistrer le contenu (article 58) ou dresser la liste des candidats à négocier (article 66), etc.

La disparition de la PRM ne modifie donc en rien la manière dont les acheteurs publics passent actuellement leurs marchés. Elle constitue une mesure de simplification administrative supplémentaire qui nous place en parfaite conformité avec le droit communautaire. »

Communiqué du ministère des Finances, août 2006 (présentation du nouveau Code)

La disparition de la notion de personne responsable du marché

La notion de personne responsable du marché est abandonnée. Elle est remplacée par le terme générique issu du droit communautaire de *pouvoir adjudicateur* et par le terme d'*entité adjudicatrice* désormais introduite dans le droit français.

Les pouvoirs adjudicateurs soumis au Code sont l'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et l'ensemble de leurs établissements publics.

La spécificité de la notion d'entité adjudicatrice est de combiner deux critères un critère personnel ou organique qui, à l'instar de la notion de pouvoir adjudicateur, tient compte de la qualité de la personne et un critère matériel qui tient compte de l'activité exercée par cette personne. Les entités adjudicatrices soumises au Code des marchés publics sont donc les pouvoirs adjudicateurs lorsqu'ils agissent en tant qu'opérateurs de réseaux.

des fonctionnaires du service, donne un avis à l'autorité délégataire (par exemple un préfet, un directeur de service) sur le choix du candidat et de l'offre. Sa composition est précisée dans l'article 21 ; on notera la convocation obligatoire d'un représentant de la DGCCRF[5], membre de plein droit, à voix consultative. La décision de choix du prestataire appartient à l'autorité délégataire, qui signe et notifie le marché.

Les établissements publics de l'État sont soumis à ces mêmes dispositions générales. Les textes régissant chaque établissement ou catégorie d'établissement précisent au cas par cas les modalités pratiques d'organisation et de fonctionnement.

Les « marchés passés selon la procédure adaptée »[6] relèvent de la responsabilité de l'autorité désignée par le ministre ou le préfet.

La nouvelle notion englobante de « pouvoir adjudicateur » ne devrait pas modifier, dans la pratique, le fonctionnement actuel des services.

Article 21 du Code des marchés publics
La commission d'appel d'offres de l'État

Pour l'État et ses établissements publics sont constituées une ou plusieurs commissions d'appel d'offres à caractère permanent. Une commission spécifique peut aussi être constituée pour la passation d'un marché déterminé. La composition et les modalités de fonctionnement des commissions d'appel d'offres sont fixées :

1. en ce qui concerne les administrations centrales de l'État, les services à compétence nationale et les services déconcentrés qui ne sont pas placés sous l'autorité du préfet, par le ministre dont ils dépendent ;
2. en ce qui concerne les services déconcentrés de l'État placés sous l'autorité du préfet, par le préfet ;
3. en ce qui concerne les établissements publics de l'État, par les règles propres à chaque établissement.

Un représentant de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes est membre de la commission avec voix consultative.

5. Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.
6. Article 28 du nouveau Code des marchés publics, marchés de fournitures et services € 137 000, marchés de travaux € 211 000, soumis à un formalisme allégé.

■ *L'organisation des collectivités territoriales*

Les collectivités territoriales sont soumises à des règles sensiblement différentes, régies par un texte de norme juridique supérieure au décret portant Code des marchés publics (CMP) : le Code général des collectivités territoriales (CGCT).

Jusqu'à présent, c'est l'assemblée territoriale (conseil municipal, général, régional, etc.) qui détient le pouvoir de décision et désigne la ou les autorités délégataires. La mise en œuvre de l'action de la ou des autorités délégataires est une prérogative du chef de l'exécutif local (maire, président d'exécutif territorial). Délégataire de signature de la part de l'assemblée, il peut toutefois subdéléguer sa signature depuis un texte législatif récent[7]. En dehors de ces principes généraux, des dispositions particulières régissent chaque type de collectivité.

Ces différentes notions portent toutefois à débat et ne sont pas encore totalement tranchées, ayant donné lieu parfois à des publications ambiguës voire contradictoires[8].

La disparition du terme de « PRM » ne change rien aux pouvoirs du chef de l'exécutif local, si ce n'est que d'autres textes devront préciser davantage les responsabilités respectives, dès lors que le Code des marchés publics n'évoque que le « pouvoir adjudicateur », correspondant à la personne morale de droit public, précisant uniquement les attributions de la commission d'appel d'offres, si nécessaire.

La commission d'appel d'offres décrite à l'article 22 du nouveau Code est l'instance décisionnelle en matière d'attribution du marché, le chef de l'exécutif ou son délégataire ne faisant que signer et notifier celui-ci, après avoir conduit la procédure et, le cas échéant, la négociation. Cette commission est l'émanation de l'assemblée territoriale, les membres à voix délibérative étant élus au scrutin proportionnel au plus fort reste. Elle est présidée par un membre de l'assemblée désigné par le chef de l'exécutif local, pour

7. Loi n° 2004-809 du 13 août 2004, relative aux libertés et responsabilités locales, JO du 17 août 2004.
8. Circulaire du 10 août 2004 du ministère de l'Intérieur, Direction générale des collectivités locales.

le représenter. Des fonctionnaires et diverses personnalités peuvent assister aux débats de la commission, avec voix consultative.

Toutefois, le pouvoir de décision de la commission est tempéré par l'obligation de présenter le choix de l'offre en fin de procédure, pour validation, à l'assemblée délibérante[9]. Cette disposition a été amendée par un texte[10], qui permet selon certaines conditions une délibération « amont », autorisant la signature du marché dès le lancement de la procédure. Contrairement aux commissions de l'État, le représentant de la DGCCRF n'est convoqué qu'à l'initiative du président de la commission. Il en est de même du trésorier (comptable assignataire de la dépense). Cette différence, introduite par la réforme de janvier 2004 du Code des marchés publics, met fin au dernier vestige de contrôle *a priori* des actes des collectivités par l'État. La convocation facultative a pour but de permettre à la commission de faire appel à l'expertise technique de ces agents de l'État, sollicités à titre de conseil.

En ce qui concerne les « marchés passés selon la procédure adaptée »[11], le chef de l'exécutif local peut se voir attribuer une délégation permanente de l'assemblée délibérante pour préparer, passer, signer et notifier ces marchés[12], ce qui est généralement le cas. La commission d'appel d'offres n'intervient pas dans la passation de ces marchés, l'assemblée délibérante est informée *a posteriori* des contrats passés[13].

De nombreuses collectivités ont préparé des guides internes de procédure pour institutionnaliser leurs pratiques de passation, ce qui a donné lieu à de nombreuses réglementations locales, prises dans les meilleures intentions, mais souvent déroutantes pour les entreprises.

9. CE 13 octobre 2004, commune de Montélimar, n° 254007, commentaire J.-D. Dreyfus AJDA n° 38/2004 p. 2117, *Contrats Marchés Publics* 11/2004 n° 224 G. Eckert.
10. Ordonnance n° 2005-645 du 6 juin 2005, déjà citée, prise en application de la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 portant simplification du droit ; voir à ce sujet l'analyse de F. Linditch, JCP A n° 26, 27 juin 2005, « La jurisprudence commune de Montélimar est morte, vive la jurisprudence commune de Montélimar ».
11. Article 28 du décret portant Code des marchés publics, déjà cité, correspond aux marchés d'un montant inférieur à 230 000 € HT (150 000 € HT pour les marchés de fournitures et services de l'État).
12. Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes à caractère économique et financier, dite MURCEF.
13. On notera par ailleurs une obligation générale de publicité *a posteriori*, imposée à toutes les personnes publiques par l'article 138 du Code 2004 et son arrêté d'application du 27 mai 2004, reprise dans l'article 186 du nouveau Code.

Les établissements publics locaux ou intercommunaux (syndicats de communes, communautés d'agglomération, etc.) sont soumis aux règles des collectivités locales prévues par le Code des marchés publics.

Article 22 du nouveau Code des marchés publics
La commission d'appel d'offres des collectivités territoriales

I. Pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, sont constituées une ou plusieurs commissions d'appel d'offres à caractère permanent. Une commission spécifique peut aussi être constituée pour la passation d'un marché déterminé. Ces commissions d'appel d'offres sont composées des membres suivants :

1. Lorsqu'il s'agit d'une région, le président du conseil régional ou son représentant, président, et cinq membres du conseil élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste. Lorsqu'il s'agit de la collectivité territoriale de Corse, le président du conseil exécutif ou son représentant, président, et cinq membres de l'assemblée de Corse élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste ;
2. Lorsqu'il s'agit d'un département, le président du conseil général ou son représentant, président, et cinq membres du conseil élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste ;
3. Lorsqu'il s'agit d'une commune de 3 500 habitants et plus, le maire ou son représentant, président, et cinq membres du conseil municipal élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste ;
4. Lorsqu'il s'agit d'une commune de moins de 3 500 habitants, le maire ou son représentant, président, et trois membres du conseil municipal élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste.
5. Lorsqu'il s'agit d'un établissement public de coopération intercommunale ou d'un syndicat mixte, le président de cet établissement ou de ce syndicat ou son représentant, président, et un nombre de membres égal à celui prévu pour la composition de la commission de la collectivité au nombre d'habitants le plus élevé, élus, en son sein, par l'assemblée délibérante de l'établissement ou du syndicat. Toutefois, si ce nombre ne peut être atteint, la commission est composée au minimum d'un président et de deux membres élus par l'assemblée délibérante de l'établissement ou du syndicat.
6. Lorsqu'il s'agit d'un autre établissement public local, le représentant légal de l'établissement ou son représentant, président, et de deux à quatre membres de l'organe délibérant, désignés par celui-ci.

[…]

IV. Ont voix délibérative les membres mentionnés au I. En cas de partage égal des voix, le président a voix prépondérante.

V. La commission d'appel d'offres peut faire appel au concours d'agents du pouvoir adjudicateur compétents dans la matière qui fait l'objet de la consultation ou en matière de marchés publics.

■ *L'organisation des établissements publics hospitaliers*

La répartition des responsabilités dans ces établissements reprend des éléments de l'organisation étatique d'une part, des collectivités de l'autre.

La personne responsable des marchés était le directeur de l'établissement. La disparition de la notion de PRM ne devrait rien changer aux attributions du directeur de l'établissement. Il arrête la composition de la commission d'appel d'offres, après avis du conseil d'administration. Lui-même ou son représentant préside la commission.

Un représentant du directeur départemental des affaires sanitaires et sociales est obligatoirement convoqué aux sessions de la commission, il y assiste avec voix consultative. Le directeur décide de l'attributaire après avis de la commission d'appel d'offres.

Les seuils de procédure applicables sont ceux des collectivités locales. La passation et la notification des « marchés passés selon la procédure adaptée » relève du directeur.

Article 22 du Code des marchés publics,
La commission d'appel d'offres des établissements hospitaliers

I-6°(…) Lorsqu'il s'agit d'établissements publics de santé ou d'établissements publics sociaux ou médico-sociaux, le nombre, la composition et les modalités d'organisation et de fonctionnement de la commission d'appel d'offres ou des commissions d'appel d'offres sont arrêtées par le directeur de l'établissement après avis du conseil d'administration.

Outre le directeur ou son représentant, président, chaque commission comporte obligatoirement au moins un membre désigné par le conseil d'administration en son sein ou parmi des personnalités qualifiées proposées par le directeur. Chaque commission comporte un nombre impair de membres.

Le tableau 1.1 reprend sous forme schématique la répartition des compétences, selon l'administration concernée.

Tableau 1.1 Qui fait quoi ?

	Établissements hospitaliers	**Collectivités territoriales et EP locaux**	**État et EPA**
Pouvoir adjudicateur	L'établissement public hospitalier.	Conseil régional, conseil général, commune, EPCI…	Le ministère, l'établissement public.

Tableau 1.1 Qui fait quoi ? (fin)

Autorité de décision	Le directeur avec le conseil d'administration (le cas échéant, avis commission d'appel d'offres).	L'assemblée délibérante ou l'exécutif, selon dispositions du CGCT (attribution du marché par la Commission d'appel d'offres sur habilitation ou validation de l'assemblée).	Le ministre, le préfet et leurs délégataires. Pour les EPA, le conseil d'administration (selon textes spécifiques), le cas échéant, avis Commission d'appel d'offres.
Signataire des marchés	Le directeur	Exécutif territorial sur délégation de l'assemblée délibérante, selon dispositions du CGCT arrêtés de délégations de signature, subdélégation possible[14].	Désignation par arrêté pris par l'autorité compétente. Décisions de délégation de signature, subdélégation non autorisée (sauf directeurs d'administration centrale)[15].

■ ***Les autres acteurs organiques de l'achat***

Cette revue des acteurs institutionnels de la commande publique requiert de mentionner les autorités suivantes, qui interviennent à différents stades de la procédure :

– l'ordonnateur :

• concernant l'État, l'ordonnateur est le ministre (ordonnateur principal) et les autorités désignées en tant qu'ordonnateurs secondaires (préfets, directeurs régionaux, départementaux, etc.). Les fonctions d'ordonnateur et d'autorité habilitée à signer les marchés sont souvent distinctes. Concernant les établissements publics, elles se confondent le plus souvent avec le directeur d'établissement. Le chef de l'exécutif local est ordonnateur principal,

14. Loi n° 2004-809 du 13 août 2004, relative aux libertés et responsabilités locales, JO du 17 août 2004.
15. Décret n° 2005-850 du 27 juillet 2005.

- prescrit les opérations de recettes et de dépenses, à ce titre il engage la dépense et la liquide (constate l'existence, l'exactitude et l'exigibilité de la dépense) puis la mandate (demande au comptable de la payer),
- s'assure du respect des seuils de procédure de passation des marchés ;

– les organismes étatiques de contrôle :

  – contrôle *a priori :*

- contrôle financier central ou déconcentré, compétent pour les services de l'État,
- commission des marchés publics de l'État (CMPE), qui a succédé aux anciennes commissions spécialisées des marchés[16] ;

  – contrôle *a posteriori :*

- contrôle de légalité (préfet), compétent pour connaître la légalité des actes pris par les collectivités territoriales,
- DGCCRF, la DDASS, déjà citées ;

– le comptable : chargé de payer les dépenses sur mandat de l'ordonnateur, le comptable conserve un rôle important de contrôle de régularité conféré par les textes[17] et complété par la jurisprudence de la Cour des comptes.

La commission des marchés publics de l'État est « chargée de fournir aux ministres et aux personnes responsables des marchés une assistance pour l'élaboration ou la passation des marchés de l'État. Elle formule des observations et des recommandations concernant ces marchés. Elle peut également formuler des réserves les concernant. »

« Tout marché passé par l'État et ses établissements publics autres qu'industriels et commerciaux et dont le montant estimé est supérieur à 6 millions d'euros hors taxes est adressé à la commission des marchés publics de l'État avant l'envoi de

16. Décret n° 2004-1299 du 26 novembre 2004, JO du 30 novembre 2004.
17. Décret du 9 août 1953, décret du 29 décembre 1962 portant règlement de la comptabilité publique, articles 12 et 13, Code général des collectivités territoriales article D1617-19, annexe I, portant nomenclature des pièces justificatives de dépense des collectivités territoriales, circulaire portant nomenclature des pièces justificatives de l'État du 30 septembre 2003.

> **l'avis d'appel public à concurrence ou le lancement de la consultation. »**

Décret n° 2004-1299 du 26 novembre 2004 relatif à la commission des marchés publics de l'État (CMPE)

Les seuils de procédure prévus par le Code des marchés publics correspondent aux seuils définis dans les accords internationaux de l'Organisation mondiale du commerce (accord sur les marchés publics, AMP) et repris dans les directives européennes. Ils sont déterminés en DTS (droits de tirage spéciaux), autrement dit en unités de compte. En conséquence, ils sont réévalués tous les deux ans, en fonction de la parité des monnaies, par un règlement européen, texte d'application immédiate ne nécessitant pas de transposition en droit interne. Les seuils en vigueur sont mentionnés dans le tableau suivant, suite au règlement n° 1422/2007 du 4 décembre 2007.

Tableau 1.2 Les seuils européens et AMP

Source : ministère de l'Économie, des finances et de l'industrie

	Seuils applicables jusqu'au 31 décembre 2007	**Nouveaux seuils applicables au 1er janvier 2008**
POUVOIRS ADJUDICATEURS		
Fournitures et services : – État : article 26 II 1° – Collectivités territoriales : article 26 II 2° – Fournitures domaine de la défense : article 26 II 3° – Services Recherche et développement : article 26 II 4°	 135 000 € 210 000 € 210 000 € 210 000 €	 133 000 € 206 000 € 206 000 € 206 000 €
Travaux – Libre choix des procédures : article 26 II 5° et article 26 IV – Appel d'offres (ou recours aux procédures des articles 35 à 38) : article 26 IV	 210 000 € 5 270 000 €	 206 000 € 5 150 000 €
ENTITÉS ADJUDICATRICES		
Fournitures, service et travaux : article 144 III a)	420 000 €	412 000 €

1.1.2 Approche fonctionnelle

■ ***Les acteurs fonctionnels de l'achat***

Les acteurs fonctionnels de l'achat peuvent se classer en trois groupes :

- **l'utilisateur** : c'est le bénéficiaire final de l'achat, il initie la demande et exprime le besoin initial ;
- **le prescripteur** : spécialiste du domaine, il précise le besoin et le met en forme, notamment sur le plan technique ;
- **l'acheteur** : il établit le cahier des charges et passe le contrat.

Dans la pratique de l'achat public, ces notions ne s'appliquent pas directement :

- l'utilisateur peut être un service de l'administration, il peut être aussi l'usager (bénéficiaire du service public), voire indirectement le contribuable (intéressé à la bonne utilisation des deniers publics) ;
- le service prescripteur est le service technique compétent selon l'objet du marché ;
- l'acheteur n'est pas une personne en particulier, mais plutôt une équipe, qui va comprendre des agents du cadre technique d'une part, administratif d'autre part.

> Si l'on prend l'exemple du renouvellement du parc informatique d'une collectivité :
>
> - l'ensemble des services utilisant ce type d'équipement est « l'**utilisateur** » ;
> - la direction des systèmes d'information est « le **prescripteur** » ;
> - la direction des systèmes d'information, en liaison avec le service des marchés, est « l'**acheteur** ».

À l'heure actuelle, il n'y a pas encore réellement d'unité d'organisation fonctionnelle de l'achat : selon l'importance de l'entité, sa nature juridique, le type d'achat, on distinguera de nombreuses organisations fonctionnelles très différentes. En effet, quoi de commun entre la délégation générale pour l'armement (DGA) du ministère de la Défense, chargée de la réalisation des programmes d'armement, et une commune de 10 000 habitants, et *a fortiori* de

500 habitants ? On peut toutefois relever une typologie générale et des modes de fonctionnement génériques, dont les principes généraux d'organisation figurent dans le tableau 1.2.

■ ***Les services opérationnels***

Ce sont les services chargés de missions spécifiques. Ce sont eux qui sont à l'origine de la demande d'achat et de la définition du besoin. Ils sont chargés de définir les critères de choix et de conduire l'analyse technique des offres. Ils rédigent le cahier des clauses techniques, dans certains cas l'ensemble du dossier de consultation.

■ ***Les services administratifs et juridiques***

Ces services, généralement appelés « bureau marché », sont chargés de tout l'aspect administratif et juridique (hors contentieux) de l'achat. Ils conduisent la procédure, dans certains cas rédigent les cahiers des charges (cahier des clauses administratives particulières, CCAP).

■ ***Les services financiers***

Responsables de la préparation et du suivi budgétaire, les services financiers mettent en œuvre l'action de l'ordonnateur. Ils sont directement concernés par un certain nombre de dispositions des cahiers des charges (modalités de facturation et de paiement, avances et acomptes, révisions de prix, etc.) qui, si elles sont mal formalisées au départ, poseront des difficultés dans l'exécution.

■ ***Les services achats***

Ils n'existent pas dans toutes les structures et sont une création récente, qui ne recouvre pas toujours la même acception. Ils peuvent agir en tant que responsables des achats transversaux : par exemple, les prestations de logistique générale communes à tous les services, telles que les fournitures de bureau, consommables, produits d'entretien. Articulés en binômes « technicien-juriste », ils détiennent une mission d'assistance technique et administrative dans la définition du besoin, la rationalisation de l'achat, les méthodes de choix des offres et de négociation. Ces services peuvent aussi être le « noyau dur » des équipes de projet constituées en vue d'achats complexes. Ils peuvent enfin agir en tant que

centralisateurs et régulateurs de l'ensemble des dépenses transversales de la collectivité.

■ ***L'autorité d'approbation***

C'est l'autorité qui décide de l'opportunité de la dépense en vue de la satisfaction de la demande exprimée. Le cas échéant, elle désigne le service responsable de l'élaboration du contrat.

■ ***La répartition des tâches : une typologie des organisations***

Une approche empirique des organisations permet de dégager trois grands types habituellement rencontrés. Cette classification ne doit pas être considérée comme intangible : dans la pratique, il existe de nombreuses variantes, y compris la cohabitation, dans une même administration, de plusieurs des organisations décrites, selon l'objet des achats concernés.

– Le « type 1 », que l'on rencontre encore dans de petites structures, fait reposer l'ensemble de la fonction contrats sur quelques agents subalternes :

- dans le tableau 1.2 qui le décrit sommairement, on retrouve ces fonctionnaires sous le vocable « bureau marchés », bien que souvent ce service n'existe pas systématiquement : il s'agit par exemple d'une cellule des services techniques de la mairie, ou bien d'agents du service économique de l'hôpital ;
- dans ce type d'organisation, les « petits achats » sont souvent effectués par tout un chacun, au fur et à mesure de la survenance du besoin. Ces « petits achats », en regard de la réglementation actuelle, présentent un risque important : ils peuvent justifier d'être globalisés en fonction de leur caractère homogène pour le calcul des seuils de procédures obligatoires. Il n'y a généralement pas d'évaluation prévisionnelle du besoin, ni de centralisation, sauf pour les opérations importantes ;
- les critères de choix sont plaqués en fonction des habitudes, le moins-disant reste le mode de choix préférentiel, même s'il n'est pas affiché en tant que tel.

Tableau 1.3 Typologie possible des acteurs fonctionnels, type 1

Services opérationnels	Services « marchés »	Services « finances »	Observations
Demande d'achat	Préparation du dossier de consultation		La définition du besoin n'est pas formalisée, l'analyse fonctionnelle inexistante.
Participe à l'analyse	Mise en œuvre de la procédure Proposition de choix (analyse)	Contrôle des seuils Engagement des crédits	Absence de réel contrôle interne, absence de veille juridique, absence de veille technique.
Validation du service fait	Suivi de l'exécution (avenants, etc.)	Liquidation, mise en paiement	

– Le type 2, schématisé dans le tableau 1.4, fait davantage appel aux principes de division du travail. Il existe dans ce cas un véritable service chargé de la fonction « marchés publics » :

- les services opérationnels sont chargés de tout l'aspect technique du dossier, notamment la rédaction du cahier des clauses techniques, les administratifs préparant les dispositions contractuelles administratives et la procédure ;
- l'analyse des offres en fonction de critères de choix s'effectue en pratique par les techniciens ;
- cette organisation, courante dans les services de l'État, nécessite une bonne coordination entre les administratifs et les techniciens ;
- par ailleurs, se pose la question du contrôle interne, le service marchés ne pouvant l'assurer, étant lui-même partie prenante ;
- la direction du projet n'est pas évidente : elle appartient naturellement au technicien, dans la pratique elle tend implicitement à revenir à l'administratif ;
- le poids des habitudes n'incite pas à une définition formelle du besoin et ainsi, à la détermination de critères de choix bien adaptés. Ici encore, le moins-disant a la « peau dure » : l'absence relative de formalisation du besoin ne permet pas de présenter des arguments pertinents aux autorités de contrôle en cas de choix d'une offre qui ne présente pas le montant le moins élevé…

Tableau 1.4 Typologie possible des acteurs fonctionnels, type 2

Services opérationnels	Services « marchés »	Services « finances »	Observations
Demande d'achat	Préparation du dossier de consultation hors CCTP	Participation à la rédaction	Répartition des tâches par compétence, nécessite une bonne coordination entre services.
Définition du besoin : CCTP, critères de choix	Mise en œuvre de la procédure		Les besoins transversaux ne sont pas pris en compte en prévision (sauf création de directions opérationnelles transverses).
Analyse technique des offres		Contrôle des seuils Engagement des crédits	
Validation du service fait préliquidation		Liquidation, mandatement	Peu ou pas de veille juridique par manque de temps.
Suivi de l'exécution (propositions d'avenants, pénalités…)	Suivi de l'exécution (établissement des avenants, pénalités…)		Pas de contrôle interne réel.

– Le type 3, présenté dans le tableau 1.5, part d'une logique fonctionnelle de l'achat :

- ainsi, le service opérationnel chargé d'une mission déterminée, sera responsable de la préparation et de la rédaction des marchés le concernant ;
- le bureau des marchés conserve un rôle de conseil et d'assistance, de validation du dossier de consultation (contrôle interne) et de mise en œuvre des procédures ;
- dans ce cadre, on peut trouver dans les services opérationnels des agents « référents marchés » qui sont parfois des juristes chevronnés, chargés de piloter, en collaboration avec les techniciens idoines, la préparation du marché et le choix de l'offre ;

- les besoins transversaux structurels sont traités par des directions désignées (moyens généraux, informatique…) ;
- cette organisation se retrouve plus ou moins dans des structures importantes, collectivités territoriales en particulier : conseils régionaux ou généraux, villes, communautés urbaines ou d'agglomérations… Dans ce cas, il paraît plus facile d'élaborer une politique d'achat rationnelle visant à un rapport qualité-prix. Hélas, bien souvent la focalisation des acteurs sur les aspects strictement procéduraux, conjuguée à une impression d'urgence permanente, peut réduire sensiblement le temps consacré à l'analyse du besoin et à la détermination des critères pertinents.

Tableau 1.5 Typologie possible des acteurs fonctionnels, type 3

Services opérationnels	Services « marchés »	Services « finances »	Observations
Demande d'achat	Validation du dossier de consultation (contrôle interne), envoi de la publicité, mise en œuvre de la procédure.	Participation à la rédaction	Responsabilisation des services opérationnels
Définition du besoin : CCAP, CCTP, critères de choix		Contrôle des seuils Engagement des crédits	Veille juridique, contrôle interne assurés par le service marchés. Difficulté à prendre en compte les besoins transversaux ou communs à plusieurs services.
Analyse technique des offres			
Validation du service fait, préliquidation	Veille juridique et directives internes	Liquidation, mandatement	

Tableau 1.5 Typologie possible des acteurs fonctionnels, type 3 (fin)

Suivi de l'exécution (propositions d'avenants, pénalités…)	Suivi de l'exécution (établissement des avenants, pénalités…)		Solution exigeant des personnels de formation juridique dans les services opérationnels, risque de temps excessif consacré à la commande publique au détriment des missions, risque de difficultés pour les services passant peu de marchés. Pas de veille technique.

– On peut compléter cet inventaire par un autre type d'organisation, moins fréquent, correspondant à la mise en place d'un service achats. Celui-ci centralise le besoin et prépare tous les marchés, en liaison avec les services opérationnels, marchés et finances :

- composé de binômes « technicien-juriste », spécialisés sur des créneaux d'achat donnés (moyens généraux, travaux, prestations intellectuelles…), il connaît le secteur technico-économique de l'achat ;
- la veille juridique, le contrôle interne et la mise en œuvre des procédures reviennent au service marchés. Le service opérationnel est prescripteur ;
- cette organisation, qui doit permettre d'optimiser les achats, existe dans certaines grandes collectivités. Des services de l'État fonctionnent sur ce modèle, au niveau national : par exemple, au ministère de la Défense, existent des services d'approvisionnement qui sont de véritables services achats à compétence nationale.

Un service achat à compétence nationale : le SCERCAT (ministère de la Défense)

« Le service central d'études et de réalisations du commissariat de l'armée de terre (SCERCAT) est un organisme rattaché à la direction centrale du commissariat de l'Armée de terre.

> C'est un référentiel majeur au sein du commissariat de l'Armée de terre pour la passation des marchés publics.
>
> Il est chargé de la détermination et du contrôle des procédures techniques d'approvisionnement ainsi que des études et de la réalisation, au plan technique, administratif et financier, des approvisionnements et matériels ressortissant au commissariat de l'Armée de terre.
>
> Le SCERCAT a un effectif de 250 personnes : 200 personnels civils, 50 militaires.
>
> Il réalise en moyenne 150 millions d'euros de marchés par an se répartissant en trois domaines :
>
> – 100 M€ pour les marchés habillement ;
>
> – 30 M€ pour les marchés matériels ;
>
> – 15 M€ pour les marchés vivres.
>
> Ce qui représente environ : 1 500 fournisseurs contactés, 200 entreprises retenues, 300 nouveaux contrats passés annuellement. »

Source : site institutionnel http://www.scercat.terre.defense.gouv.fr/

1.2 L'environnement économique

1.2.1 L'acheteur et l'incidence économique interne de l'achat public

L'achat reste, avant tout, un acte économique. À ce titre, l'acheteur doit s'interroger sur le poids et la structure des achats au sein de son organisation, avant de pouvoir en mesurer l'efficacité.

■ *Le poids des achats*

Il appartient à l'acheteur d'effectuer un « état des lieux » des achats de son organisation. Sur la base des budgets exécutés, l'acheteur dresse l'inventaire des achats passés, sous plusieurs angles :

– leur poids dans le budget ;

– leur répartition par nature ;

– leur procédure d'acquisition ;

– leur poids par service commanditaire ;
– leur poids par fournisseur.

Cet état des lieux est un indicateur de rationalisation de l'achat. Nous ne nous étendrons pas sur ce point qui excéderait l'objet de cet ouvrage.

■ ***Le prix et le coût***

L'acheteur doit appréhender les notions de prix et de coût.

Le prix de la prestation achetée, défini en tant que « montant initial » dans un marché public, correspond au prix effectivement payé pour le marché au sens strict. Il est courant que le prix effectivement payé en fin de marché soit différent : les variations de prix (révisions, actualisation), les pénalités, avenants viendront majorer ou minorer ce prix.

L'acheteur doit être capable, selon la prestation commandée, de décomposer les éléments constitutifs de ce prix, imposant aux candidats de renseigner un cadre prédéterminé : décomposition du prix forfaitaire, sous-détail de prix unitaire. Cette démarche suppose une bonne connaissance de la prestation commandée et des différents coûts qui en sont constitutifs (*cf.* figure 1.2).

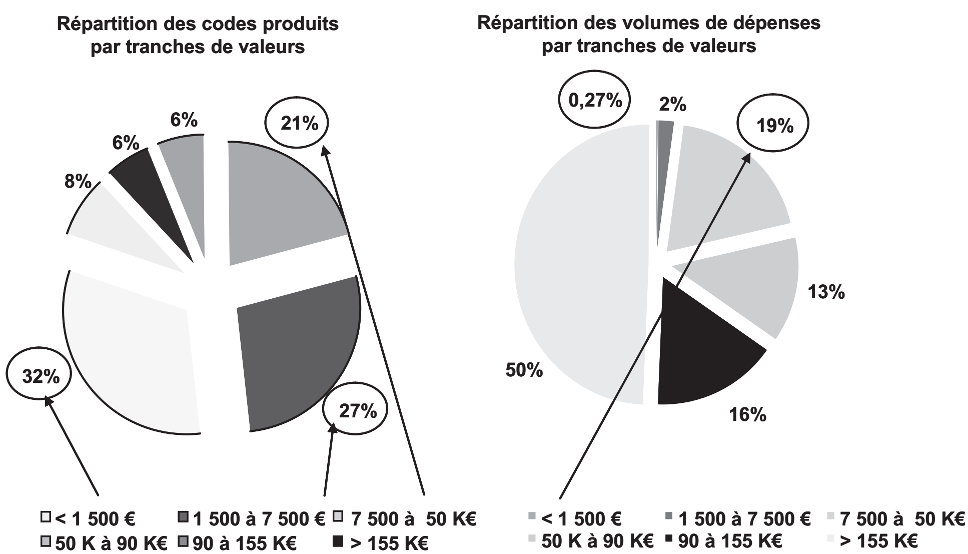


Figure 1.1 Exemple du poids des achats des universités

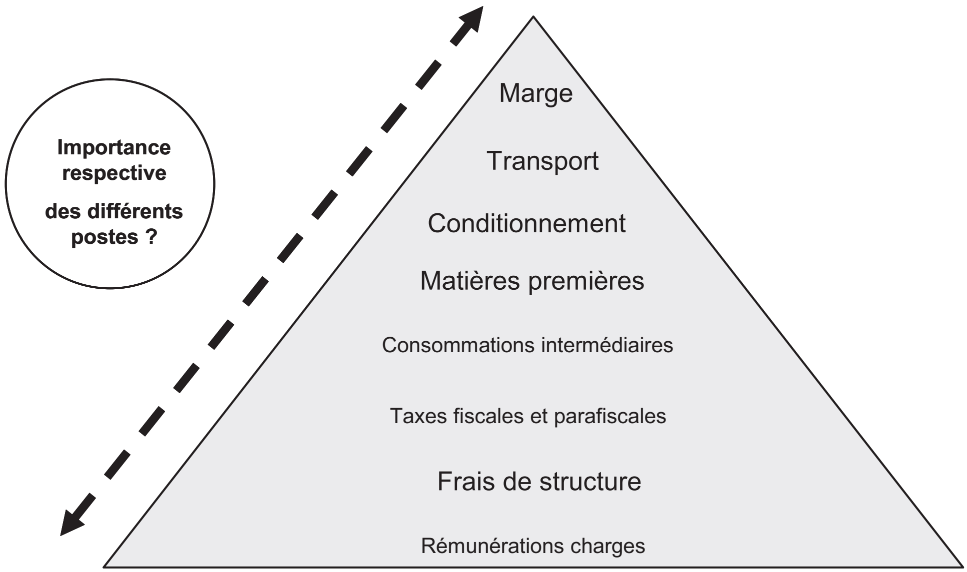


Figure 1.2 Structure du prix d'un produit manufacturé

Une seconde réflexion oriente l'acheteur dans ce domaine. Elle est essentielle lorsqu'il s'agit de définir le besoin et les critères de choix. L'acheteur va évaluer le coût complet de la prestation projetée : coût de la commande, prix payé lors de l'acquisition, coûts induits… Ceci conduit à effectuer une distinction entre coûts directs et coûts indirects :

- coûts directs : coûts directement liés à la production (matières premières, main-d'œuvre, flux, coût d'utilisation des équipements et amortissement des machines utilisées…) ;
- coûts indirects : coûts nécessaires à la vie de l'entreprise, mais non directement liés à la production (frais généraux, fonctions « état-major », frais financiers, stockages, etc.).

Ces deux réflexions permettent de déduire le coût global de l'achat (*cf.* figure 1.3) :

- prix rendu : comprend les frais de transport, emballage, douane, assurance, etc. ;
- coûts d'acquisition : c'est le prix payé auquel on ajoute les coûts de fonctionnement des services achats (publicité, reproduction, téléphone, flux, rémunérations…) ;

– coût de possession : coût du stockage du produit (infrastructure nécessaire, coût de fonctionnement de cette infrastructure, main-d'œuvre...) ;
– coût d'utilisation : coût d'exploitation, dépréciation, etc. ;
– on pourra ajouter le coût de la non-qualité : coûts induits par le choix d'un produit de qualité insuffisante.

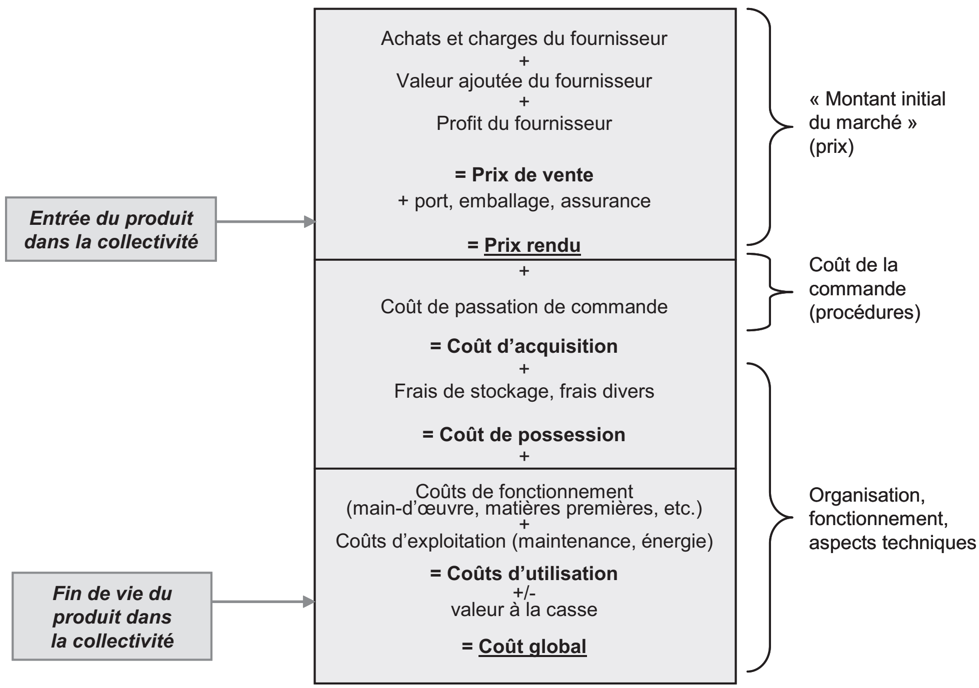


Figure 1.3 Coût global de l'achat

On insistera plus particulièrement sur le coût d'utilisation : le prix d'achat d'un bien durable, de la construction d'un ouvrage ne s'arrête pas à son coût d'acquisition. Il est essentiel d'intégrer dès le départ le coût d'utilisation pendant la durée de vie du produit, qui aura une incidence budgétaire significative. À ce titre, le prix le plus bas lors de l'achat peut être en réalité le plus élevé sur l'ensemble de la période (consommation d'énergie, maintenance, pannes, etc.).

1.2.2 L'acheteur face aux aspects économiques externes

■ *La connaissance des fournisseurs*

Dans sa démarche exploratoire, l'acheteur doit faire l'inventaire de son portefeuille fournisseurs. Cela revient à dresser la liste des fournisseurs par secteur d'acquisition, le nombre de commandes par fournisseur, le montant moyen payé à un fournisseur pour une année (*cf.* figure 1.4).

La loi des « 80/20 », principe

- 0 % des références = 20 % des montants
- 80 % des montants = 20 % des fournisseurs
- 80 % des commandes = 20% des montants

Évaluer la réalité afin de rationaliser l'achat :

– Diminuer le nombre d'actes de commande en regroupant certains achats.
– Diminuer le nombre de fournisseurs.

Figure 1.4 La loi de Pareto appliquée aux achats

■ *Le contexte économique*

La connaissance des fournisseurs exige une évaluation de la situation du marché économique sous l'approche concurrentielle, à laquelle l'acheteur confrontera le poids qu'il représente sur le marché.

- marchés concurrentiels : de nombreux fournisseurs et clients ;
- oligopoles : un petit nombre de grandes entreprises face à un grand nombre d'acheteurs potentiels ;
- monopoles : un seul offreur face à un grand nombre d'acheteurs potentiels ;
- monopsone : un seul acheteur face à de nombreux offreurs ;
- oligopsone : petit nombre d'acheteurs face à un grand nombre d'offreurs.

Par ailleurs, les entreprises peuvent organiser des ententes illicites, répréhensibles en regard du droit de la concurrence. Ces procédés ont pour conséquence une restriction de l'offre et un renchérissement des prix. L'acheteur doit être capable de détecter les indices d'éventuelles ententes.

« Les pratiques que l'on retrouve régulièrement en la matière visent naturellement à faire obtenir l'attribution du marché par une ou plusieurs entreprises données à un prix plus élevé que celui qu'aurait généré une véritable concurrence.

Les entreprises qui s'entendent ainsi pour ne pas soumettre d'offres de prix agressives sont généralement rétribuées par l'attribution d'un autre lot ou marché (ce qui suppose une répartition des marchés) et/ou par l'obtention d'un contrat de sous-traitance occulte permettant de "se partager le gâteau".

Les pratiques mises en œuvre résultent souvent de concertations pures et simples entre les entreprises concernées : la concertation porte sur le niveau des prix et sur les modalités de mise en œuvre (répartition des marchés, sous-traitance masquée, offres fictives ou "de couverture" par certains participants afin de faire croire à une réelle concurrence, etc.). En principe, le simple échange d'information à ce sujet sur les prix pratiqués suffit toutefois à justifier une condamnation au titre de l'article 420-1 du Code de commerce.

Le fait que la concertation n'ait pas atteint ses objectifs ou n'ait pas concerné l'ensemble des entreprises soumissionnaires (ce qui explique généralement son échec) n'empêche pas la condamnation.

La constitution d'un groupement entre plusieurs entreprises afin de soumettre une offre groupée n'est pas en soi interdite et peut notamment être justifiée par des raisons techniques. La constitution d'un tel groupement peut toutefois être interdite s'il apparaît qu'elle visait en réalité à fausser la concurrence.

Par exemple, le regroupement de deux entreprises au stade de l'appel d'offres restreint, alors que ces entreprises avaient présenté des offres concurrentes au stade de l'appel à candidatures, peut paraître suspect. De même, les négociations entre entreprises en vue de constituer un tel groupement ne doivent pas servir de prétexte pour un échange d'informations permettant à ces entreprises, après avoir rompu leurs négociations, de soumettre des offres soi-disant concurrentes, mais en réalité concertées. »

Source : Aurélien Condomines, Avocat à la Cour, *in* http://www.economag.com/

En dehors des dispositions de droit commun[18], des ententes licites sont prévues pour les marchés publics : il s'agit des groupements momentanés d'entreprises, évoqués par le rédacteur du texte précédemment cité :

– les entreprises groupées décident volontairement d'additionner leurs compétences ou leurs capacités, pour répondre à un marché public, ce qu'elles ne pourraient faire individuellement. Ces ententes permettent une intégration verticale, sur la base de savoir-faire complémentaires, ou bien horizontale, l'addition des capacités permettant de produire les volumes demandés ;
– juridiquement, les groupements peuvent être conjoints ou solidaires. Le groupement conjoint (*cf.* figure 1.5) correspond à une affectation de prestations identifiées à chaque entreprise. Dans le cadre du groupement solidaire, l'ensemble des entreprises conserve la responsabilité pour l'ensemble du marché (*cf.* figure 1.6).

Article 51 du nouveau Code des marchés publics

I. Les opérateurs économiques sont autorisés à se porter candidat sous forme de groupement solidaire ou de groupement conjoint, sous réserve du respect des règles relatives à la concurrence.

Le groupement est conjoint lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement s'engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées dans le marché.

Le groupement est solidaire lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement est engagé financièrement pour la totalité du marché.

[…]

18. Sociétés en participation, groupements d'intérêt économique.

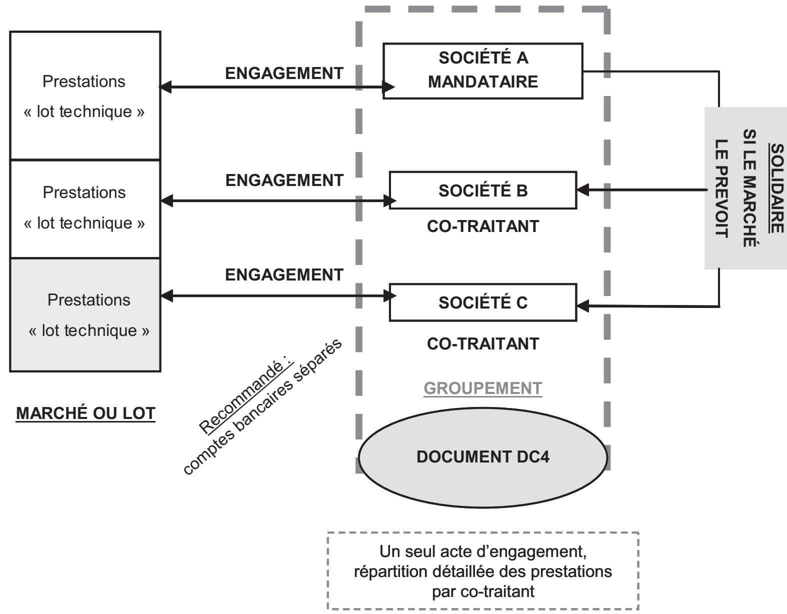


Figure 1.5 Le groupement conjoint

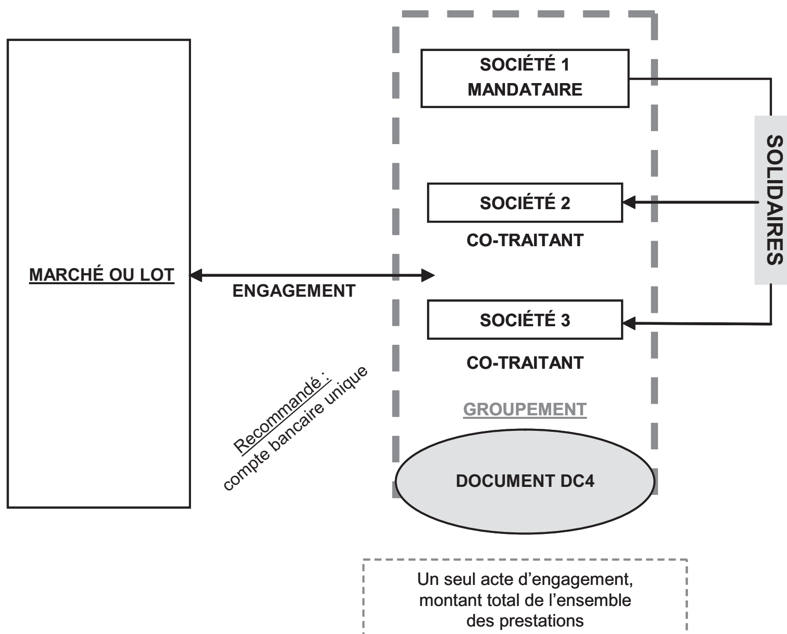


Figure 1.6 Le groupement solidaire

Pour limiter certains risques d'entente illicite précédemment évoqués, la réglementation encadre strictement les conditions de présentation des groupements.

Article 51 du nouveau Code des marchés publics

[…] **V.** La composition du groupement ne peut être modifiée entre la date de remise des candidatures et la date de signature du marché. Toutefois, si le groupement apporte la preuve qu'un de ses membres est mis en liquidation judiciaire ou qu'il se trouve dans l'impossibilité d'accomplir sa tâche pour des raisons qui ne sont pas de son fait, il peut demander au pouvoir adjudicateur l'autorisation de continuer à participer à la procédure de passation sans cet opérateur défaillant, en proposant le cas échéant à l'acceptation du pouvoir adjudicateur un ou plusieurs sous-traitants. Le pouvoir adjudicateur se prononce sur cette demande après examen de la capacité professionnelle, technique et financière de l'ensemble des membres du groupement ainsi transformé et, le cas échéant, des sous-traitants présentés à son acceptation.

VI. L'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation peut interdire aux candidats de présenter pour le marché ou un de ses lots plusieurs offres en agissant à la fois :

1. en qualité de candidats individuels et de membres d'un ou plusieurs groupements ;
2. en qualité de membres de plusieurs groupements.

VII. Le passage d'un groupement conjoint en groupement solidaire ne peut être exigé pour la présentation de l'offre, mais le groupement peut être contraint d'assurer cette transformation lorsque le marché lui a été attribué, dans la mesure où cette transformation est nécessaire pour la bonne exécution du marché. Dans ce cas, la forme imposée après attribution est mentionnée dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation.

Le choix entre groupement conjoint ou solidaire n'est pas neutre : lorsque les entreprises sont de tailles différentes, l'appartenance à un groupement solidaire fragilise potentiellement les petites structures, solidaires des plus grosses en cas de défaillance de celles-ci. Or, hélas bien souvent (pour des questions de « confort administratif »), les acheteurs publics imposent l'attribution à des groupements solidaires, même si le marché peut très bien fonctionner avec un groupement conjoint. Cette attitude est souvent la traduction d'une méconnaissance des conséquences en terme de responsabilité[19] pour les entreprises, ce qui peut avoir pour conséquences des faillites en chaîne…

19. Y compris en terme de responsabilité décennale, le cas échéant.

En effet, si l'administration n'a pas le droit d'imposer aux candidats une forme de groupement, conjoint ou solidaire, lors de la soumission, elle peut en revanche exiger pour l'attribution (mais pas avant) une forme particulière à ce groupement, par exemple en groupement solidaire, qui n'a pas la personnalité morale, sous réserve de l'avoir précisé au départ (dans l'avis de publicité).

Parallèlement à l'organisation du marché économique, l'acheteur se documente sur les prix pratiqués, les coûts constitutifs d'une prestation donnée. Nous verrons dans la seconde partie, lors de la détermination des systèmes de notation du prix, l'intérêt d'une bonne évaluation financière préalable du coût du projet.

1.3 L'environnement juridique

Le poids du juridique est un reproche récurrent fait à la commande publique, par les entreprises comme par les acheteurs publics. L'utilisation de deniers publics provenant de l'impôt justifie des règles juridiques contraignantes et spécifiques. De plus, l'administration ne risque pas la sanction économique d'une mauvaise politique d'achat, contrairement à l'entreprise. Point de sanction de l'actionnaire non plus. Afin de garantir la bonne utilisation des deniers publics et la « démocratie de l'achat », qui passent par une mise en concurrence systématique et non discriminatoire issue du droit international[20] et du droit européen, des obligations précises sont imposées à l'acheteur. Leur respect est garanti par la menace de sanctions juridictionnelles et judiciaires. La nature transverse de l'achat, ainsi que la complexité bien connue de l'administration française, ne favorisent pas la claire lisibilité de la réglementation nationale, certains auteurs évoquant, à juste titre, un « mille-feuille de la commande publique »[21].

20. Accords de l'Organisation mondiale du commerce.
21. Expression du Conseiller d'État Alain Ménéménis.

1.3.1 L'environnement général

Découlant en droite ligne du droit européen (*cf.* figure 1.7), l'achat public se trouve à la croisée de plusieurs logiques juridiques nationales :

– le droit public :

- droit administratif, concernant le cœur de la réglementation spécifique à la commande publique,
- contentieux administratif, le juge administratif étant le juge de droit commun des contrats publics[22],
- droit budgétaire, les contrats publics étant le plus souvent payés sur crédits budgétaires ;

– le droit privé :

- droit de la concurrence, sanctionnant les ententes anti-concurrentielles et les prix prédateurs,
- droit civil, notamment pour les transactions sur la base de la théorie de « l'enrichissement sans cause »,
- droit de la propriété intellectuelle, en particulier pour les marchés d'acquisition de prestations intellectuelles ou d'équipements industriels,
- droit commercial, notamment pour les dispositions communes de présentation des effets de commerce et les règles contractuelles interentreprises (conventions de groupement, contrats de sous-traité) ;

– le droit pénal, en général pour certains délits tels que la prise illégale d'intérêt ou la corruption, et en particulier pour le délit d'avantage injustifié à autrui, dit de « favoritisme »[23], spécifique à la commande publique.

22. CE 29 juillet 2002, société MAJ Blanchisseries de Pantin, n° 246921.
23. Article 432-14 du Code pénal.

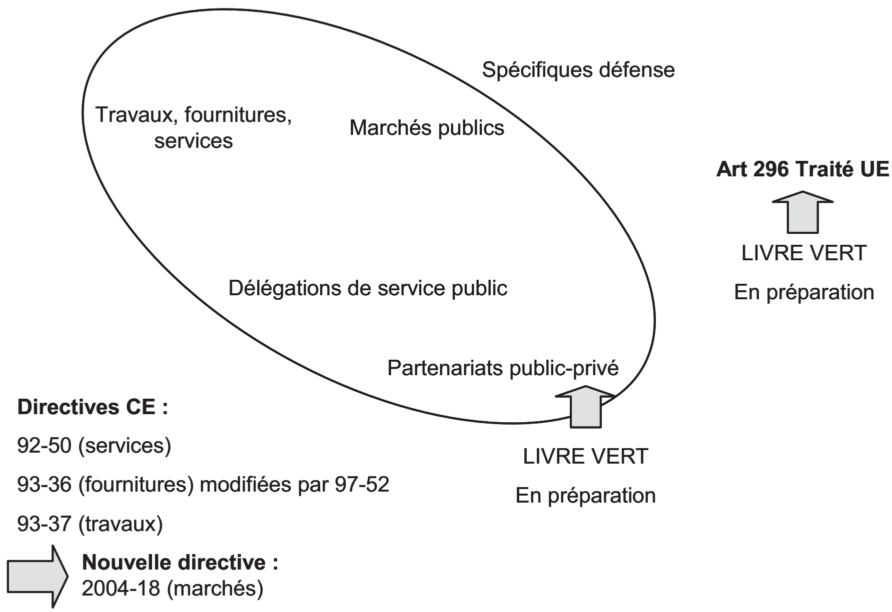


Figure 1.7 Les normes juridiques communautaires

1.3.2 L'environnement particulier

Les contrats de la commande publique sont régis par le droit européen. Les dispositions nationales (*cf.* figure 1.8) ne font que transposer, parfois imparfaitement[24], ces normes communautaires.

Elles appartiennent au domaine législatif ou réglementaire et sont régies par de très nombreux textes, soumis à une évolution rapide et constante depuis 2001.

Le Code des marchés publics n'est du reste qu'un simple décret portant Code, visant d'autres textes législatifs et réglementaires, renvoyant vers d'autres textes d'application, de nature réglementaire. Par ailleurs, d'autres contrats publics, non soumis au Code des

24. Voir à ce sujet, l'annulation par le Conseil d'État de dispositions du Code 2004 des marchés publics jugées contraires aux directives européennes, CE 23 février 2005, Association pour la transparence et la moralité dans les marchés publics et autres, n° 264712, 265248, 265281, 265343.

marchés publics mais pouvant relever des directives marchés, font l'objet de textes différents[25].

Il était prévu de regrouper l'ensemble des textes dans un Code de la commande publique, projet actuellement de nouveau en sommeil.

Les modifications occasionnelles d'un texte réglementaire par la voie législative[26] (voir *infra*) ne contribuent pas à la lisibilité de cette réglementation complexe.

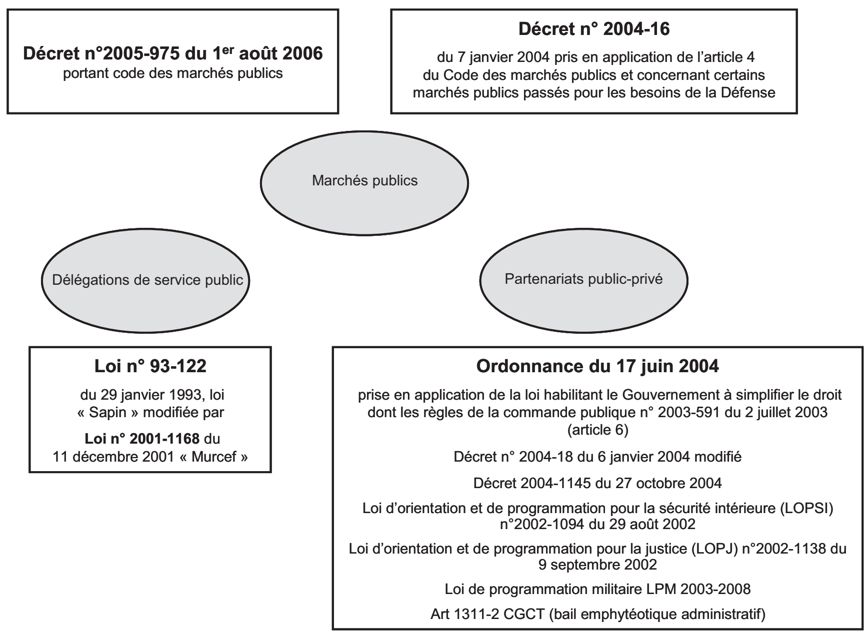


Figure 1.8 Les normes juridiques nationales

Ces normes se traduisent par des obligations incontournables pour l'acheteur, qui se doit de choisir « l'offre économiquement la plus avantageuse », autrement dit le « mieux-disant », en respectant des

25. Délégations de service public, contrats de partenariat en particulier.
26. Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 dite « de cohésion sociale », modifiant l'article 53 du Code 2004, loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits des handicapés, ajoutant un article 44-1 et modifiant l'article 45 du Code 2004, ordonnance n° 2005-649 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics, modifiant les articles 43 et 44 du Code 2004.

principes intangibles[27] qui sont rappelés dans l'article 1 du nouveau Code des marchés publics.

> **Article 1 du nouveau Code des marchés publics**
>
> **II**. « Les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent Code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ces obligations sont mises en œuvre conformément aux règles fixées par le présent Code [..]. ».

L'acheteur public doit simultanément remplir des objectifs, sinon contradictoires, parfois antagonistes : satisfaire l'utilisateur, optimiser la ressource, atteindre les objectifs, tout en respectant la « démocratie de l'achat », sans oublier d'autres impératifs parfois éloignés de la finalité immédiate de l'achat (considérations de type environnemental ou social, droits de préférence – question abordée dans la suite de l'ouvrage).

L'efficacité de l'achat et sa sécurité juridique passent avant tout par une bonne définition du besoin, pour laquelle il existe des outils que nous allons étudier dans le prochain chapitre.

La réalité de la préparation du nouveau Code des marchés publics, en particulier le filtre du Conseil d'État, a donné une réalité plus nuancée aux intentions initiales du gouvernement ; en particulier, l'obligation d'allotissement a laissé la place à une forte incitation, en ce que la règle affichée prévoit dès l'article lui-même la possibilité d'y déroger. Le gouvernement français a initié en 2006, une action auprès de la Commission européenne afin d'étudier la possibilité d'instaurer, lors des prochaines négociations de l'OMC (relatives à l'accord sur les marchés publics, AMP), un « droit de préférence » bénéficiant aux PME. Les États-Unis bénéficient depuis longtemps d'une dérogation leur permettant, dans le cadre de la loi « Small business act » (SBA) de réserver une part de leurs marchés fédéraux à des PME-PMI nationales. Le but serait d'instaurer un mécanisme comparable, au niveau européen.

27. Que le Conseil constitutionnel a rattachés au préambule de la Constitution de 1958, dans une décision du 26 juin 2003.

Les nouvelles mesures destinées à rééquilibrer l'accès aux marchés publics pour les PME (Communication de M. Thierry Breton, ministre de l'Économie et des finances, le 14 novembre 2005, à l'occasion de la création de l'Observatoire de l'achat public)

La modification du Code des marchés publics, rendue nécessaire par l'obligation de transposer les directives communautaires, est l'occasion d'un examen de la réglementation afin de restaurer un équilibre général et un droit d'accès plus égalitaire entre les opérateurs économiques, quelle que soit leur taille. Ainsi, un certain nombre de mesures nouvelles vont être adoptées en ce sens :

L'obligation d'allotir les marchés publics chaque fois que cela est possible

Le contexte actuel de centralisation ou de mutualisation de l'achat public et l'arrivée des nouvelles procédures européennes d'accords-cadres tendent à augmenter le volume des marchés. Ce constat a rendu nécessaire une mesure de rééquilibrage se traduisant par la nécessité d'allotir ces marchés, sauf cas d'impossibilité. Ainsi, toutes les entreprises, selon leur taille et leur capacité, seront à même d'accéder à la commande publique.

3. L'encadrement du recours aux références à de précédents marchés

Dans les dossiers de sélection des candidatures, la référence exigée à de précédents marchés de prestations similaires constitue trop souvent un obstacle rédhibitoire pour les jeunes entreprises qui sont, par hypothèse, des PME. Il n'apparaît pas raisonnable d'interdire purement et simplement la mention de références antérieures, qui sécurise les acheteurs et peut être appropriée dans certains cas. Toutefois, la portée de cette exigence sera relativisée par une disposition aux termes de laquelle l'absence de référence à de précédents marchés ne pourra pas être un critère éliminatoire de capacité technique ou professionnelle.

4. La corrélation les critères de capacité à la consistance des marchés

S'agissant de la sélection des candidatures, l'expérience montre que les acheteurs publics peuvent avoir tendance à maximiser la sécurité de la commande en imposant des niveaux de capacité économique ou financière (exprimés en termes de chiffre d'affaires, de nombre de salariés ou autres) sans commune mesure avec la consistance exacte du marché public projeté. Cette condition pourrait constituer une discrimination indirecte, au détriment des PME.

Une disposition nouvelle imposera une stricte corrélation entre le niveau de capacité requis et les caractéristiques des prestations attendues.

5. L'introduction du respect d'un nombre minimal de PME parmi les candidatures à certains marchés publics

Pour certains types de procédures (restreintes, négociées, dialogue compétitif), l'acheteur peut fixer un nombre minimal et maximal de candidats invités à présenter une offre. Il lui sera possible d'inscrire au nombre des critères objectifs et non discriminatoires de sélection des candidatures le fait que les candidats sélectionnés doivent présenter une certaine diversité et par exemple, doivent comprendre un nombre minimal de PME.

Une telle mesure ne garantit pas l'attribution d'un quota des marchés à des PME. Elle permettra toutefois aux PME de participer à des procédures dont elles sont aujourd'hui souvent écartées.

6. L'obligation pour les acheteurs publics de mesurer et de rendre compte de la part de leurs achats effectués auprès de PME

Cette mesure permettra de disposer d'éléments permettant de mesurer l'impact de l'ensemble des mesures envisagées en faveur des PME. Plus largement, elle permettra à l'observatoire de bénéficier d'informations donnant une cartographie précise et fiable des modalités et de la répartition de l'achat public parmi l'ensemble des opérateurs économiques, et notamment de la part bénéficiant aux PME.

2

L'analyse du besoin et ses méthodes

2.1 Principe et méthodes de l'analyse du besoin

Le déroulement général de l'acte d'achat peut s'analyser en un processus chronologique que l'on peut définir ainsi :

- l'expression initiale du besoin ;
- la transcription de ce besoin dans un cahier des charges ;
- la commande (procédure de passation, choix du prestataire, réalisation de la prestation, réception) ;
- le retour d'expérience.

Il fait intervenir de nombreux intervenants : le bénéficiaire (qui peut être le citoyen-usager-contribuable ou bien l'administration elle-même), le décideur (qui valide le futur achat), l'acheteur (terme générique qui recouvre une réalité diffuse, faisant intervenir des agents tantôt à dominante juridico-administrative, tantôt technique), le prescripteur (service technique « expert » du domaine considéré).

Dans la démarche de tout achat, il importe de se poser d'abord la question « pourquoi ? » (quelle est la finalité de cet achat), puis la question « quoi ? » (ce qui va permettre de satisfaire cette finalité) et enfin « comment ? » (par quelle procédure).

Le bon sens veut que, avant de choisir un produit, l'on sache déjà ce que l'on veut et pourquoi on le veut.

L'objectif de l'analyse du besoin est de cerner celui-ci au plus près, sans restreindre inutilement la concurrence ni augmenter les coûts.

La qualité du choix d'une offre est avant tout conditionnée par l'attention que l'on aura portée préalablement à la définition de ce que l'on veut. Comment évaluer les avantages d'une proposition, dès lors que l'on n'a qu'une vision très floue du résultat espéré ? Au cas où l'acheteur l'aurait oublié, la réglementation lui rappelle qu'il doit prêter une attention toute particulière à la définition de son besoin (*cf.* figure 2.1).

Article 5 du nouveau Code des marchés publics

I. La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en prenant en compte des objectifs de développement durable. Le ou les marchés ou accords-cadres conclus par le pouvoir adjudicateur ont pour objet de répondre à ces besoins.

II. Le pouvoir adjudicateur détermine le niveau auquel les besoins sont évalués. Ce choix ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu du présent Code.

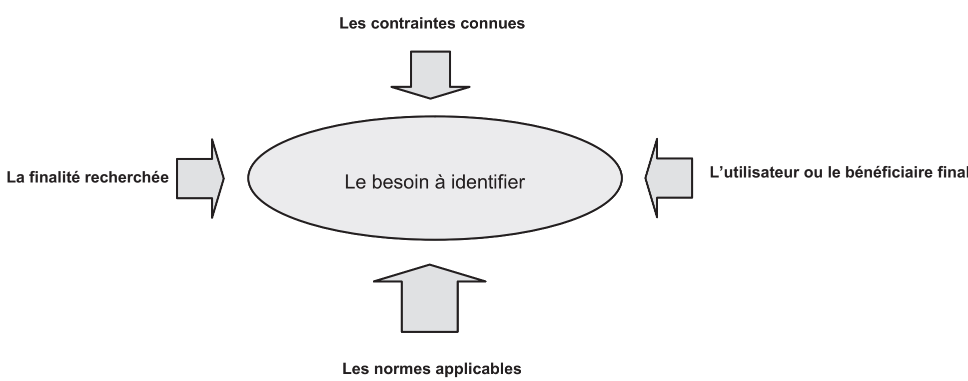


Figure 2.1 La définition du besoin

De plus, l'article 6 du nouveau code apporte des précisions importantes sur la définition du besoin, qui s'exprimera soit en référence à des normes ou autres documents équivalents, soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles (voir *infra*).

> Les ressources publiques sont comptées, alors que les usagers sont de plus en plus exigeants en termes d'équipements, d'infrastructures et de services publics en général. Il faut alors optimiser la ressource, pour dégager des moyens supplémentaires en proposant des prestations de même qualité, ou bien offrir des services de meilleure qualité à coût constant et optimiser les coûts de fonctionnement de l'administration.
>
> Cette bonne adéquation de la ressource au besoin passe fatalement par… une bonne définition du besoin. Cette évaluation, prenant en compte les besoins transversaux de l'ensemble de la collectivité, passe par un état des lieux de l'existant. Il s'agit ensuite de concilier des besoins avec les moyens en place, les budgets et la prévision de trésorerie.

On notera l'apparition de la préoccupation relative au « développement durable » avec le nouveau Code, cette question devant ainsi faire l'objet d'une réflexion lors de la définition du besoin. L'expérience montrera l'application pratique qui sera faite de ce principe très général, étant entendu que ces préoccupations, pour légitimes qu'elles soient, devront être liées à l'objet du marché.

Au cours du processus d'achat, les économies les plus importantes peuvent être générées au moment de la définition du besoin : elles peuvent atteindre jusqu'à 30 % par rapport aux errements habituels. Or, cette phase n'est que trop souvent négligée par les acheteurs publics qui consacrent davantage leur énergie à la procédure (*cf.* figure 2.2).

Exemple : achat de vêtements de travail

On déterminera l'achat de vêtements de travail en recensant les besoins dans ce domaine de tous les services concernés : en fonction de la finalité et des conditions de leur utilisation, on en déterminera les caractéristiques techniques souhaitées. Il faudra alors confronter ces spécifications aux produits du marché, afin d'affiner cette définition, tout en évitant le piège de la « sur-qualité ». Resteront alors à déterminer la quantité à commander, les modalités et la fréquence de livraison. Pour cela, l'acheteur devra évaluer les capacités de stockage de la collectivité, le circuit de lavage des effets et les conditions de ce lavage, leur durée de vie moyenne, les pertes… Ce n'est qu'après ces réflexions qu'interviendra le calcul du seuil financier imposant, le cas échéant, une procédure formalisée du Code des marchés publics.

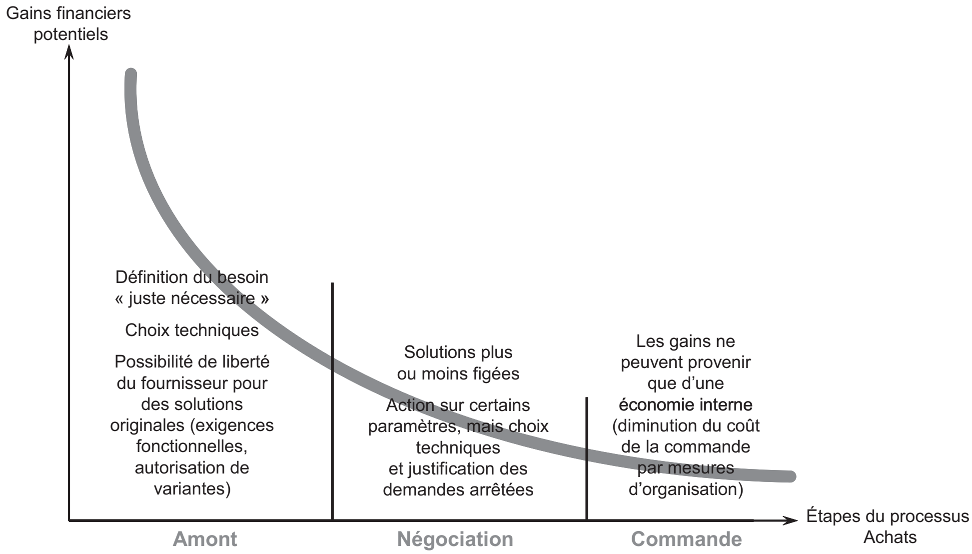


Figure 2.2 Les gains potentiels au cours du processus achat

À cet effet, l'acheteur dispose de méthodes éprouvées : l'analyse de la valeur (norme NF X 50-150). Une méthode originale, la méthode OP€RA©[1], s'inspire de l'analyse de la valeur mais s'adapte spécifiquement au processus achat. On citera également pour mémoire la méthode de *value engineering*, destinée à la conception d'un produit nouveau, qui ne sera pas développée ici. Toutes ces méthodes reposent sur un outil essentiel : l'analyse fonctionnelle (norme NF X 50-151 : expression fonctionnelle du besoin et cahier des charges fonctionnel).

2.2 L'analyse de la valeur

« L'analyse de la valeur est une méthode de compétitivité organisée et créative visant à la satisfaction du besoin de l'utilisateur par une démarche spécifique de conception à la fois fonctionnelle, économique et pluridisciplinaire »[2]. Il s'agit en fait d'éliminer les coûts qui n'apportent pas de plus-value au service.

1. Optimisation économique et rationnelle des achats (*voir 2.4. La méthode « OP€RA »*).
2. Norme NF X 50-150.

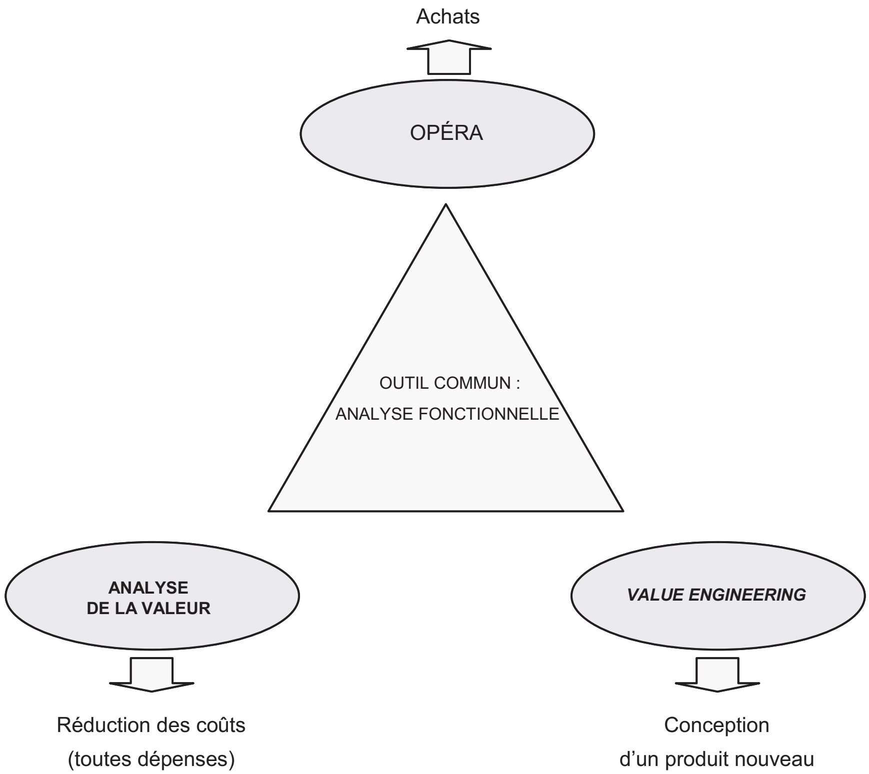


Figure 2.3 L'application des différentes méthodes d'analyse du besoin

> **Méthode de travail en groupe :**
>
> - **concevoir, au coût le plus faible, un produit parfaitement adapté aux besoins des utilisateurs ;**
> - **améliorer la qualité d'un produit sans en augmenter le coût et sans réduire le niveau des services rendus ;**
> - **rechercher des solutions créatives qui répondent uniquement au besoin du client et permettent de faire des économies.**

On peut d'emblée constater que cette méthode exprime une forte connotation industrielle. Elle a été développée à la fin des années quarante, à la compagnie *General Electric*. Dans le contexte de pénurie de certains matériaux stratégiques, l'industriel avait chargé Lawrence D. Miles d'identifier des matériaux de substitution. Celui-ci a constaté que ces matériaux, non seulement atteignaient les mêmes performances, mais pouvaient aussi les dépasser, à moindre coût. Il

a formalisé la méthode d'analyse de la valeur, rapport entre la fonction et les coûts (*cf.* figure 2.4), dont l'application a permis des économies de l'ordre de 40 % pour sa compagnie.

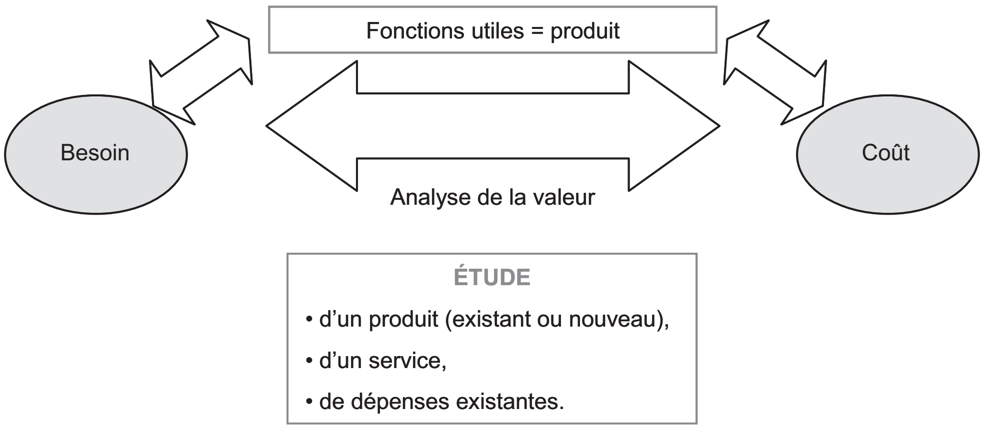


Figure 2.4 L'analyse de la valeur

Cette méthode vise à optimiser l'adéquation entre les fonctions du produit et les coûts de sa fabrication, en éliminant les coûts qui n'apportent pas de plus-value. La pratique de la méthode vise à analyser successivement un certain nombre d'items relatifs à l'achat projeté et à son environnement (*cf.* figure 2.5).

Exemple

Exemple de résultat de l'application de la méthode d'analyse de la valeur : tout en conservant la satisfaction de l'utilisateur, les 377 pièces du moyeu du rotor principal de l'hélicoptère Alouette SA 318 ont été ramenées à 70 sur l'Écureuil AS 350[3]

On peut constater qu'un certain nombre de pièces ont été supprimées, grâce à l'analyse de la valeur, en opérant des choix techniques permettant de minimiser les coûts (suppression de roulements remplacés par d'autres systèmes autolubrifiants = suppression de graisseurs = diminution des pièces à l'origine de pannes et des coûts de fonctionnement en ingrédients).

3. Document de l'Aérospatiale cité par M. Bracquement, ministère de la Défense, service de la maintenance aéronautique, atelier industriel de l'aéronautique de Clermont-Ferrand, dans « Analyse de la valeur, principes et pratiques », juin 2004.

Nombre de pièces	Écureuil	Alouette
Total	70	377
Dont : – roulements – joints – graisseurs – paliers – autolubrifiants lamifiés	 0 0 0 3 3	 30 45 22 0 0

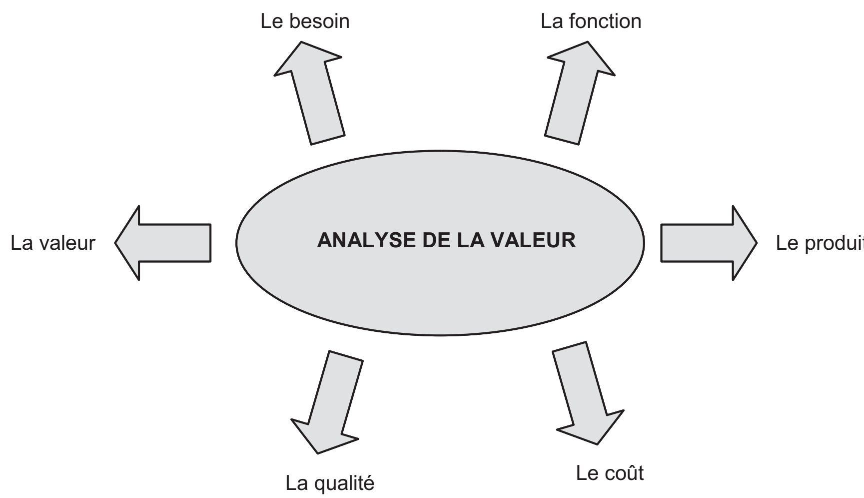


Figure 2.5 La démarche d'analyse de la valeur

2.2.1 La démarche d'analyse de la valeur

La valeur mesure la capacité à satisfaire un besoin au moindre coût. Elle ne répond pas seulement à la valeur d'échange, matérialisée par le prix du marché. On considère aussi, en particulier, la « valeur d'usage », traduisant le degré d'utilité du produit en fonction de l'usage prévu, ainsi que la « valeur d'estime », représentant les qualités subjectives d'un produit, notamment esthétiques. La mise en œuvre de l'analyse de la valeur demande la constitution d'un groupe spécifique, piloté par un animateur (qui peut être un consultant extérieur à l'organisme), et l'application de méthodes.

■ ***Analyse de la valeur et besoin***

Le besoin correspond à la nécessité ou au désir éprouvé par un utilisateur. Il peut être exprimé, ou bien implicite.

L'analyse sur ce point vise à préciser :

- les services à rendre ;
- les fonctions attendues.

■ ***Analyse de la valeur et fonction***

Les « fonctions » se définissent en tant que finalité recherchée, services attendus par l'utilisateur pour satisfaire son besoin. On distingue :

- les fonctions principales : finalités premières du produit, réponse au besoin ;
- les fonctions secondaires :
  - techniques : conséquence des solutions et choix de conception,
  - de contraintes : règlements, normes, choix imposés par le commanditaire,
  - d'usage : liées à l'utilisation du produit,
  - d'estime : éléments subjectifs (esthétique, mode…),
  - « inutiles » : introduites par le constructeur et permettant de différencier le produit.

■ ***Analyse de la valeur et produit***

Le produit est l'élément concret fourni à l'utilisateur pour répondre à son besoin, à travers la satisfaction de fonctions. Pris au sens large dans le domaine qui nous intéresse, le produit peut être une ou un ensemble de fournitures, un bâtiment, une infrastructure, une prestation de service, un processus organisationnel.

■ ***Analyse de la valeur et coût***

Les coûts représentent l'ensemble des dépenses engendrées pour obtenir un produit et le vendre. On distingue :

- les coûts directs :
  - main-d'œuvre,

  - matières premières,
  - amortissement des machines, etc. ;
- les coûts indirects :
  - fonctions de soutien,
  - bâtiments et infrastructure,
  - frais financiers, etc.

On appelle « juste nécessaire » les éléments du système qui remplissent les fonctions au niveau de valeur d'échange déterminé pour satisfaire le besoin.

■ ***Analyse de la valeur et qualité***

La qualité reflète l'ensemble des propriétés et caractéristiques du produit en vue de la satisfaction des besoins, exprimés et/ou implicites.

■ ***Analyse de la valeur et valeur***

La valeur est le rapport entre la satisfaction du besoin (qualités, fonctions) et le coût. La méthode distingue plusieurs types de valeurs :

- la valeur d'usage, qui est la réponse à un besoin d'utilisation ;
- la valeur d'utilité, liée à l'utilisation du produit dans un contexte donné ;
- la valeur de rareté, compte tenu des circonstances d'utilisation et de concurrence ;
- la valeur d'échange, correspondant à la perception du prix d'achat par l'acheteur et de revente du bien ;
- la valeur d'estime, liée au plaisir de l'utilisateur par la possession et l'utilisation du produit.

Ces valeurs peuvent varier selon les cycles d'utilisation et le profil de vie du produit.

2.2.2 La mise en œuvre de l'analyse de la valeur

Une approche méthodologique est nécessaire pour analyser les points évoqués dans les paragraphes précédents, sur un projet donné. C'est un travail de groupe, qui va justifier la mise sur pieds d'une équipe de travail autour d'un chef de projet (*cf.* figure 2.6).

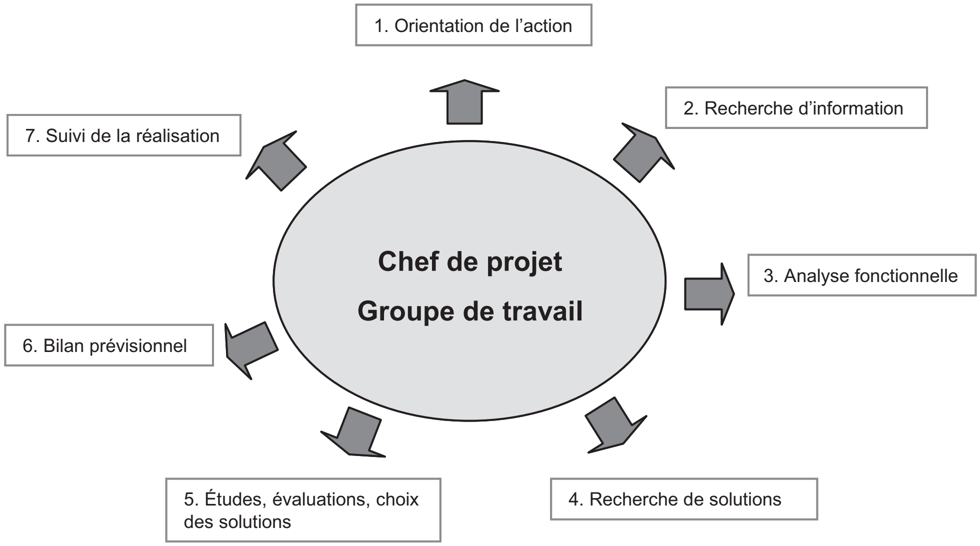


Figure 2.6 La mise en œuvre de l'analyse de la valeur

■ ***L'orientation de l'action (1)***

Ce stade préliminaire indispensable revient à se poser la fameuse question du Maréchal Foch : « De quoi s'agit-il ? »

Cette démarche initiale se traduira par une note de cadrage avec un descriptif général du projet, décrivant les éléments suivants :

- objet de l'étude ;
- motifs de l'étude ;
- objectifs poursuivis ;
- périmètre et acteurs concernés ;
- moyens alloués à l'étude ;
- mode d'organisation ;
- risques associés à l'étude.

■ ***La recherche d'information (2)***

Nouvelle étape essentielle, il s'agit maintenant de dresser un « état des lieux », qui se matérialise par une analyse de l'existant :

- besoin à satisfaire ;
- marché visé (au sens économique du terme) ;

– concurrence ;
– avantages, inconvénients du produit actuel et des produits concurrents ;
– historique du produit ;
– techniques disponibles ;
– coûts ;
– contraintes (normes applicables, réglementation) ;
– insatisfactions des clients.

La recherche d'information peut se faire par tout moyen adapté au projet : études, recherches sur internet, *brainstorming*, entretiens, questionnaires, réunions, *benchmarking*[4]…

■ *L'analyse fonctionnelle (3)*

Cet outil spécifique sera détaillé dans la partie suivante. Il consiste en la détermination de la finalité du produit et se matérialisera par l'élaboration d'un cahier des charges fonctionnel (CdCF), qui sera, le cas échéant, validé par l'utilisateur. L'analyse fonctionnelle vise à (*cf.* figure 2.7) :

– déterminer les fonctions principales et secondaires satisfaisant le besoin, autrement dit les « fonctions de service » ;
– les traduire en « fonctions techniques » ;
– réaliser un compromis fonctions/coûts.

■ *La recherche de solutions (4)*

Il faut maintenant se demander : comment faire ? Après formulation de la question et discussion, le groupe définit plusieurs *scenarii* de solutions.

4. « Le *benchmarking* est un processus continu et systématique d'**évaluation** des produits, des services et des méthodes par rapport à ceux des concurrents ou des partenaires les plus sérieux et des organisations reconnues comme leaders ou chefs de file.» (David T. Kearns, ex-président et ex-chef de la direction de Xerox Corporation). Pour un acheteur public, cela peut être aussi la comparaison des bonnes pratiques constatées dans des organismes comparables, l'instauration de « clubs d'acheteurs publics », ainsi que le pratiquent, par exemple, le service du Génie au ministère de la Défense, ou encore, de façon plus large, des associations telles que l'AACT (Association des acheteurs des collectivités territoriales) www.aact.asso.fr.

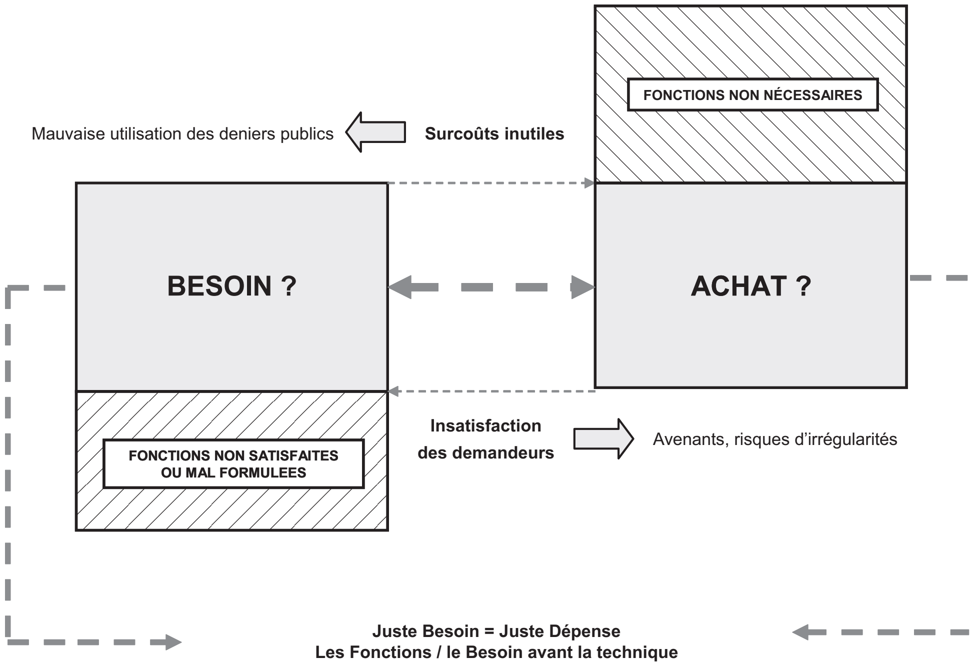


Figure 2.7 Principe de l'analyse fonctionnelle

■ ***Études, évaluation, choix des solutions (5)***

Après avoir déterminé plusieurs solutions possibles, il convient de les hiérarchiser :

- identifier les solutions techniques qui répondent le mieux aux critères objectifs de l'action ;
- vérifier la faisabilité de chaque solution ;
- évaluer la performance des solutions retenues.

■ ***Bilan prévisionnel (6)***

Il s'agit maintenant de prendre la décision. Les solutions sont présentées au décideur avec :

- les critères de choix retenus ;
- les niveaux estimés de chaque solution, par rapport aux exigences du CdCF ;
- le chiffrage réel du coût de chaque solution ;

– les avantages et inconvénients de chaque solution ;
– les conditions d'application.

■ ***Le suivi de réalisation (7)***

Vient maintenant le stade de la mise en œuvre, qui se traduit par un rapport final d'analyse de la valeur :

– mise en place de la solution retenue sous la responsabilité des services opérationnels ;
– mise en place des moyens de contrôle adaptés au suivi ;
– identification des écarts entre prévision et réalisation ;
– ajustement et reprise éventuelle de l'étude ;
– bilan final.

Exemple de la Délégation générale pour l'armement (DGA)[5]

La DGA applique cette méthode, en distinguant trois applications différentes :

– l'analyse de la valeur « produit », applicable aux produits matériels (machines, outils, accessoires…) ;
– l'analyse de la valeur « procédé », concernant les moyens de transformation d'un produit, c'est-à-dire un procédé de fabrication faisant passer un produit de son état initial (matière brute) à son état final (produit fini), ou bien un procédé de réparation ou de révision, (état initial, objet dégradé à état final, objet en état de marche ou validé, état antérieur avant dégradation) ;
– l'analyse de la valeur « administrative », s'attachant à l'étude de procédures, en distinguant trois phases principales : la réception, la transformation, l'expédition.

La mise en œuvre est réalisée selon l'organigramme présenté dans la figure 2.8.

5. M. Bracquement, ministère de la Défense, service de la maintenance aéronautique, atelier industriel de l'aéronautique de Clermont-Ferrand, dans « Analyse de la valeur, principes et pratiques », juin 2004, *op. cit.*

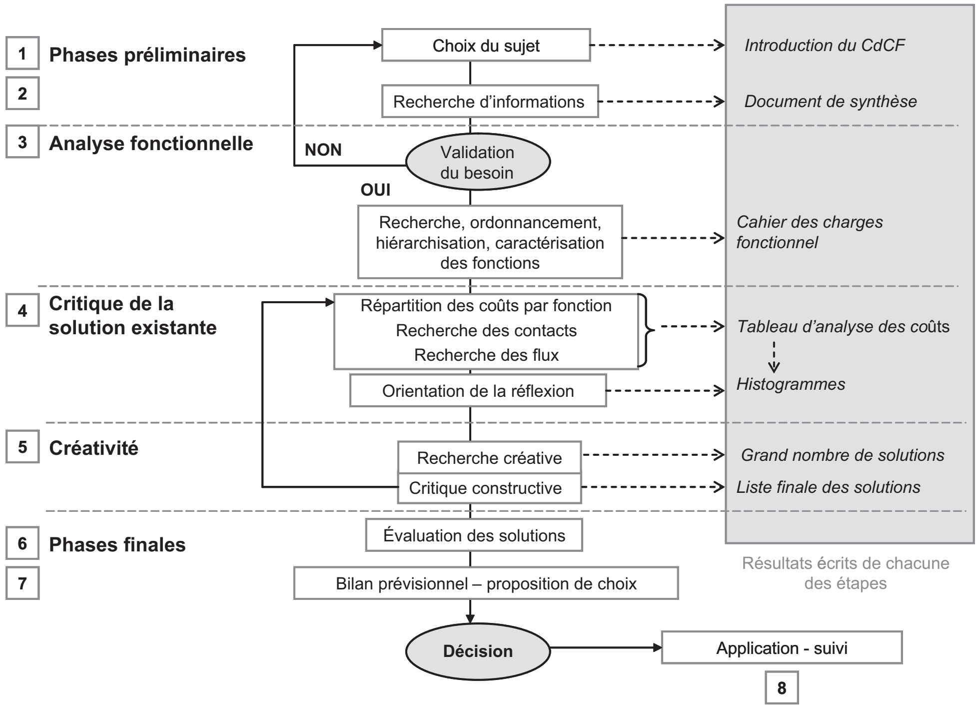


Figure 2.8 Exemple de la Délégation générale pour l'armement (DGA)

La méthode d'analyse de la valeur, telle qu'elle vient d'être sommairement décrite, présente des aspects très intéressants pour la commande publique et trouve son application directe dans les marchés industriels : lorsque l'État, principalement, fait fabriquer des produits industriels pour son usage. C'est pourquoi l'analyse de la valeur trouve toute sa place dans les marchés industriels de défense, en particulier d'armement.

Transposable à la fonction achat, elle doit être aménagée pour répondre aux particularités des services publics non marchands. Par ailleurs, sa lourdeur la réserve à des projets complexes et significatifs, justifiant la mise en place d'une équipe de projet et un temps d'étude préalable important.

La méthode d'analyse de la valeur présente donc :

- des avantages :
  - amélioration de l'existant,
  - conception de produits nouveaux,

  - aide efficace pour optimiser la ressource : adapter la qualité sans augmenter le coût, ou bien diminuer le coût à service rendu équivalent ;
- des inconvénients :
  - méthode très analytique, lourde dans sa mise en œuvre,
  - nécessite une forte implication des acteurs,
  - nécessite une maîtrise parfaite de l'animateur.

C'est toutefois une piste d'amélioration sensible de la définition du besoin pour les marchés à fort enjeu, en particulier dans un contexte budgétaire contraint.

2.3 L'analyse fonctionnelle

Ainsi que nous l'avons évoqué plus haut, l'analyse fonctionnelle est une démarche méthodologique visant à :

- rechercher,
- ordonner,
- caractériser,
- hiérarchiser et/ou valoriser

les fonctions du produit attendu par l'utilisateur.

Définie par la norme NF X 50-151, elle revient à explorer les pistes ouvertes par les trois questions suivantes :

- dans quel but ?
- à qui rend-il service ?
- sur quoi agit-il ?

Cette méthode est connue de nombreux acheteurs publics, elle a même été officiellement recommandée par un guide approuvé par la Commission centrale des marchés[6] (*cf.* figure 2.9).

---

6. Guide C 1-92 du 29 octobre 1992, BOCCRF du 18 mai 1993 ; la CCM n'existant plus, c'est dorénavant la Direction des affaires juridiques du ministère des Finances (DAJ/MINEFI) qui édicte les règles en matière de marchés publics.

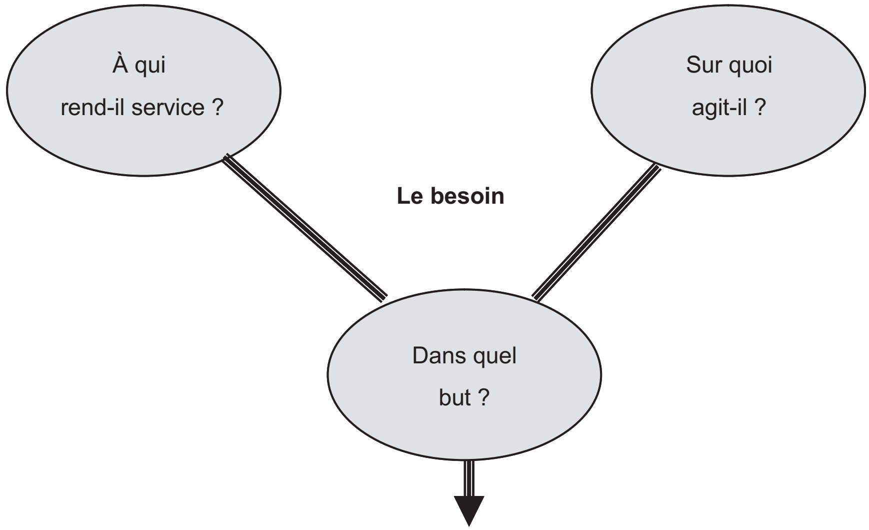


Figure 2.9 La « bête à cornes »

Qu'il veuille acquérir des produits spéciaux pour lesquels il doit rédiger ses propres spécifications ou des produits d'usage courant permettant la plus large concurrence, la forme dans laquelle l'acheteur exprime son besoin est décisive quant à la qualité de l'achat effectué.

Méthodes rationnelles de raisonnement, les techniques d'analyse fonctionnelle, de rédaction des cahiers des charges fonctionnels et d'analyse de la valeur présentées dans ce guide répondent à cette préoccupation car elles donnent à l'acheteur les moyens d'être un contributeur actif, voire décisif, à la qualité des produits et services dont il a fait l'acquisition.

Sans être de même nature dans ces différents contextes, sa contribution pourra intervenir aussi bien dans des marchés d'études et développement, dans des marchés de travaux, dans des marchés de fournitures industrielles que dans des marchés de fournitures courantes.

Tout en préservant les règles de l'achat public, ces techniques permettent la recherche conjointe des ajustements les plus rentables, l'exploitation de l'esprit novateur des fournisseurs et un élargissement notable de la concurrence.

D'abord acteur, ou mieux incitateur, l'acheteur en sera en retour le premier bénéficiaire.

Ce guide fournit une description des deux phases essentielles de l'analyse de la valeur que sont l'analyse fonctionnelle du besoin et l'analyse de la valeur du produit et en donne un exemple concret.

Guide de la CCM *Analyse fonctionnelle et compétitivité dans les marchés publics*, C 1-92 du 29 octobre 1992

2.3.1 La démarche de l'analyse fonctionnelle

Là encore, une approche méthodique et pragmatique est de mise, afin de cerner au mieux son besoin. La méthode préconise cinq étapes successives (*cf.* figure 2.10).

> **Nous allons la développer avec un exemple issu du guide GPEM[7] sur l'achat de matériel de restauration collective : achat d'un matériel self-service.**

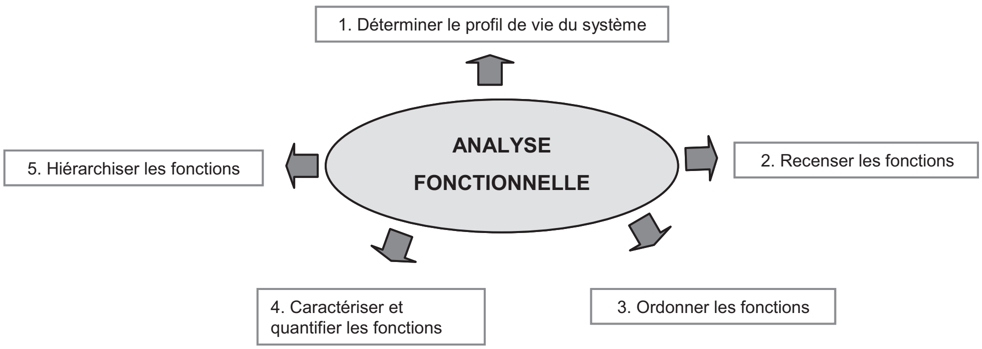


Figure 2.10 Les cinq étapes de l'analyse fonctionnelle

■ ***Déterminer le profil de vie du système (1)***

Tout a un début et une fin… Y compris le marché que va passer l'acheteur, en vue d'acquisition de travaux, de fournitures ou de services. Il faut donc aborder la question sous le premier angle du profil de vie, entre la « naissance » et la « mort ».

On adaptera bien entendu la liste des points suivants devant être étudiés, à la nature de la prestation achetée :

- fabrication ;
- emballage ;
- livraison ;
- installation, mise en service ;
- stockage ;

7. Groupe permanent d'étude des marchés, études et recommandations en consultation libre sur le site http://www.minefi.gouv.fr/daj/guide/gpem/table.html

- utilisation (éventuellement, plusieurs utilisations) ;
- entretien, lavage ;
- maintenance ;
- fin de vie ;
- élimination, recyclage.

Dans le cas de notre exemple, tous ces points doivent être étudiés.

■ ***Recenser les fonctions (2)***

Ainsi que nous l'avons déjà évoqué avec l'analyse de la valeur, l'acheteur doit identifier les fonctions attendues du produit, sans préjuger au départ d'une solution arrêtée :

1. **fonctions de service** : quelle est la finalité attendue, à quoi et à qui le produit doit-il servir, sous quelles contraintes imposées (normes, réglementation, sécurité…) ?
2. **fonctions techniques** : comment le produit doit-il fonctionner, a-t-on déjà des éléments sur les solutions techniques, sous quelles contraintes (compatibilité avec des installations existantes…) ?

Dans notre exemple, nous pouvons déterminer les fonctions générales suivantes :

- **respecter la réglementation ;**
- **assurer la sécurité alimentaire ;**
- **permettre le choix des aliments ;**
- **assurer la sécurité physique ;**
- **assurer l'usage et la durabilité ;**
- **être maintenable.**

■ ***Ordonner les fonctions (3)***

Les fonctions vont être classées par l'acheteur dans un ordre logique et cohérent, sous la forme d'un diagramme fonctionnel.

Chaque fonction générale se décompose en fonctions principales que l'on va ordonner selon le diagramme représenté dans la figure 2.11.

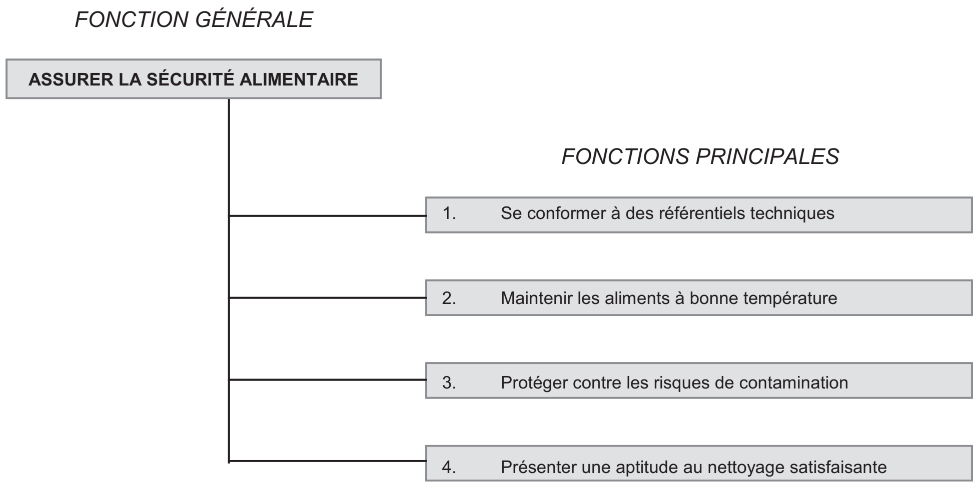


Figure 2.11 Exemple 1
Source : Guide GPEM

■ ***Caractériser et quantifier les fonctions (4)***

L'acheteur doit maintenant déterminer des critères d'appréciation relatifs à chaque fonction, assortis d'une flexibilité plus ou moins négociable. La flexibilité s'entend comme le niveau de performance attendu du produit et son degré d'exigence.

Le guide GPEM donne la cotation de flexibilité suivante :

- 0 = performance impérative
- 1 = performance souhaitable
- 2 = proposition améliorant la compétitivité globale du produit
- 3 = liberté de proposition

L'étude se traduit par un tableau récapitulatif, ainsi que le montre l'exemple suivant (Tableau 2.1).

■ ***Hiérarchiser les fonctions (5)***

La hiérarchisation des fonctions peut s'avérer très utile lorsqu'il s'agira de déterminer les critères d'attribution du marché et donc, d'apprécier le niveau de qualité de chaque offre avec une objectivité suffisante.

Tableau 2.1 Exemple 2

Source : Guide GPEM-Denrées alimentaires, pour l'étude, la programmation, la conception, la réalisation et l'équipement des locaux de restauration collective

	N°	Fonctions principales	Critères d'appréciation	Niveau	F(*)
Assurer l'usage et la durabilité	12	Être nettoyable.	Procédures de nettoyage clairement exprimées (fréquence, moyens, produits lessiviels).	NF EN 1672-2 Guide Lerpac	0
	13	Posséder une résistance et une rigidité appropriées aux conditions normales d'utilisation.	– Résistance aux aménagements intérieurs. – Absence de déformation des plans de chargement. – Facilité de coulissement sous charge.	À définir par l'utilisateur.	1 1 1
	14	Permettre une bonne évacuation des condensats.	Volume suffisant des bacs de récupération ou des récipients d'évacuation.	À définir par l'utilisateur.	0
	15	Résister à l'usure mécanique.	Durabilité des revêtements intérieurs et extérieurs, absence de fissure, d'écaillage, d'éraflures ou de dégradation dans des conditions normales d'emploi.	À définir par l'utilisateur.	1

Pour ce faire, il existe diverses méthodes de cotation, soit dans l'absolu en donnant une note forfaitaire, selon la cotation suivante :

- 1 = fonction souhaitée ;
- 2 = fonction nécessaire ;
- 3 = fonction importante ;
- 4 = fonction très importante ;
- 5 = fonction indispensable.

On peut aussi hiérarchiser les fonctions en les évaluant les unes par rapport aux autres, ainsi que le montre le tableau 2.2.

> La cotation d'une fonction par rapport à l'autre se fait de manière suivante : en lisant la fonction sur la ligne par rapport à la fonction sur la colonne, on donne la note :
>
> – 2 si ligne est plus important que colonne ;
>
> – 1 si ligne est aussi important que colonne ;
>
> – 0 si ligne est moins important que colonne.
>
> On totalise en bas le nombre de points et l'on détermine ainsi le classement des fonctions, par ordre décroissant de points obtenus.

Tableau 2.2

	Fonction A	Fonction B	Fonction C	Fonction D	Total
Fonction A	X	0	1	2	3
Fonction B	2	X	2	2	6
Fonction C	1	0	X	1	2
Fonction D	0	0	1	X	1

Le résultat de cette cotation permet de classer les fonctions dans l'ordre suivant : fonction B (6 points), fonction A (3 points), fonction C (2 points) et fonction D (1 point). On peut enfin hiérarchiser plus simplement, de manière empirique, en fonction de l'objet de l'achat. L'exemple présenté précédemment met d'abord l'accent sur les fonctions de sécurité, ensuite sur les fonctions d'usage et enfin sur les fonctions d'estime, ce qui semble logique compte tenu des produits achetés (matériel de restauration collective).

2.3.2 Le cahier des charges fonctionnel

■ *Définition de l'AFNOR*

« Document par lequel le demandeur exprime son besoin (ou celui qu'il est chargé de traduire) en terme de fonctions de services et de contraintes. Pour chacune d'elles sont définis des critères d'appréciation et leurs niveaux. Chacun de ces niveaux doit être assorti d'une flexibilité. »

FONCTIONS GENERALES	N°	FONCTIONS PRINCIPALES
RESPECTER LA RÉGLEMENTATION	0	• se conformer aux exigences réglementaires.
ADAPTER L'USAGE ET LA DURABILITÉ	1 2	• être adapté à une utilisation intensive; • résister aux chocs.
	3	• résister à l'abrasion.
	4	• résister au tachage.
	5	• être rigide.
	6 7	• être nettoyable : surface lisse et non poreuse; • garanti lave-vaisselle; • séchage rapide.
ÊTRE GÉRABLE	8 9	• être empilable; • être identifiable.
ASSURER LA SÉCURITÉ PHYSIQUE	10	• ne pas agresser les mains.
S'ADAPTER À L'ENVIRONNEMENT	11	• être adapté à l'utilisateur.
	12	• *être esthétique.*
	13	• être adapté aux tables.
	14	• être adapté à la ligne de self et à la manutention.

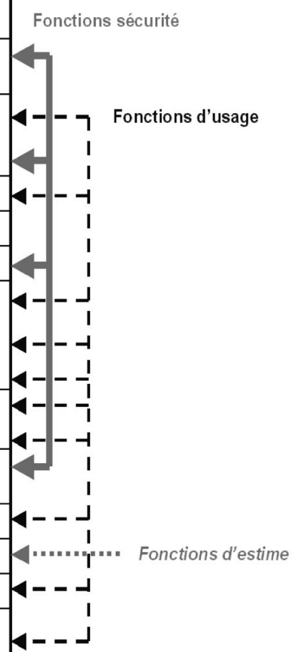


Figure 2.12 Exemple 3 – Plateaux

Source : Guide GPEM

■ *Définition de la Délégation générale pour l'armement (DGA)*

« Le cahier des charges fonctionnel est la référence du besoin fonctionnel. Il regroupe les résultats des études effectuées en matière de besoins perçus.

Le CdCF doit être rédigé indépendamment des concepts de solutions envisageables afin de laisser le plus grand éventail de concepts de solutions possibles. Le CdCF doit permettre au maximum l'expression du besoin dans les termes des différents utilisateurs selon les phases de l'état vivant du produit.»

■ *Formulation du CdCF*

On pourra regrouper les fonctions selon le mode le plus approprié :

– par type ;

– par cycle de vie du produit ;

– par élément de l'environnement.

Le CdCF peut se présenter sous forme de fiches, pour chaque produit, détaillant les fonctions demandées, assorties d'un critère d'appréciation et d'une flexibilité. Cette flexibilité est notamment indispensable pour éviter de spécifier des niveaux surévalués, ce qui irait à l'encontre de la démarche d'optimisation recherchée (éviter l'achat de prestations inutiles).

Le CdCF va notamment reprendre l'ensemble des fonctions détaillées par tableau et assorties d'une flexibilité, ainsi que montre l'extrait de l'exemple du GPEM (exemple I.2.2). Il est à la base à l'élaboration du cahier des clauses techniques particulières (nature précise de la prestation demandée, niveau d'exigence minimal), mais aussi du cahier des clauses administratives particulières (exécution du contrat, droits et obligations des parties).

Ainsi, dans notre exemple consacré aux matériels de restauration collective :

- **ce qui est indiqué en « flexibilité 0 » correspond aux conditions impératives du marché, ne pouvant faire l'objet de variante ;**
- **la « flexibilité 1 » se traduira par un critère ou sous-critère d'attribution de « valeur technique » ;**
- **les éventuelles « flexibilités 2 ou 3 » soit seront simplement définies sous forme fonctionnelle, donnant toute latitude à l'offre, soit correspondront aux variantes autorisées (voir 2e partie de l'ouvrage).**

Cette étude préalable permet de déduire des critères d'appréciation des offres parfaitement adaptés, en allant jusqu'à un niveau de détail assez fin.

■ *À quoi sert le CdCF ?*

Le CdCF permet d'énoncer le besoin en terme de finalité, sans choix pré-déterminé de solutions techniques. Il prend en compte les contraintes connues : réglementaires (normes impératives), conjoncturelles (situation spécifique : configuration des locaux, besoins quantitatifs, compatibilité avec l'existant, etc.).

Du CdCF, dans l'exposé des fonctions et de leurs critères d'appréciation et leur flexibilité, découlent les critères de choix des offres ainsi que les conditions d'exécution (voir *infra*, chapitre 4).

■ *L'intérêt de l'analyse fonctionnelle*

La nouvelle réglementation autorise explicitement à utiliser des exigences fonctionnelles dans le cahier des charges : cela peut permettre à l'acheteur de profiter ainsi de la créativité et du savoir-faire de ses fournisseurs. Il pourra bénéficier ainsi de la prestation la plus adaptée à son besoin et donc à la satisfaction de l'utilisateur.

> **Le principe en est défini par la directive 2004-18, dans son considérant n° 29 : [...] « d'une part, les spécifications techniques doivent pouvoir être établies en termes de performances et d'exigences fonctionnelles et d'autre part, en cas de référence à la norme européenne – ou, en son absence, à la norme nationale – des offres basées sur d'autres solutions équivalentes doivent être prises en compte par les pouvoirs adjudicateurs. »**

Ces principes sont détaillés dans l'article 23 de la directive, repris dans le nouveau Code des marchés publics, article 6, qui innove en allant dans le détail de ces exigences. On relèvera le fait que le texte donne le choix (limitatif) entre des référentiels techniques officiels publiés et des spécifications « en terme de performances ou d'exigences fonctionnelles ». Cette possibilité est très intéressante, car elle permet de laisser une certaine liberté au fournisseur, susceptible d'obtenir une meilleure adéquation de l'offre à la demande.

Article 6 du nouveau Code des marchés publics

I. Les prestations qui font l'objet d'un marché ou d'un accord-cadre sont définies, dans les documents de la consultation, par des spécifications techniques formulées :

1. soit par référence à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats notamment des agréments techniques ou d'autres référentiels techniques élaborés par les organismes de normalisation ;
2. soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles. Celles-ci sont suffisamment précises pour permettre aux candidats de connaître exactement l'objet du marché et au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché. Elles peuvent inclure des caractéristiques environnementales.

Un arrêté du ministre chargé de l'Économie précise le contenu des spécifications techniques.

Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, les spécifications techniques peuvent être décrites de manière succincte.

> **II.** Le pouvoir adjudicateur détermine les prestations qui font l'objet du marché ou de l'accord-cadre qu'il passe :
> 1. soit en utilisant exclusivement l'une ou l'autre des catégories de spécifications techniques mentionnées au 1° et 2° du I ;
> 2. soit en les combinant. Cette combinaison est opérée :
> a) soit en définissant des performances ou exigences fonctionnelles et en précisant la référence des normes ou autres documents équivalents mentionnés au 1° du I qui sont présumés permettre de réaliser ces performances ou de satisfaire à ces exigences ;
>
> soit en recourant à des normes ou autres documents équivalents pour certains aspects du marché et à des performances ou exigences fonctionnelles pour d'autres. […]

La nouvelle réglementation donne davantage de liberté et de souplesse à l'acheteur, qui n'a pas besoin de tout savoir sur le plan technique, mais doit savoir précisément ce qu'il veut en terme de résultat et/ou de service rendu. Cette souplesse, très utile, nécessite toutefois une analyse du besoin professionnelle et l'emploi de méthodes telles que celles décrites ici. On peut imaginer que le Juge, y compris pénal, sera d'autant plus sévère pour des cahiers des charges « sur mesures » ou des spécifications techniques superfétatoires et ayant pour effet de restreindre la concurrence…

2.4 La méthode « OP€RA »

Cette méthode a été élaborée en 1995 par un ingénieur-conseil, Jean-Arthur Pinçon[8]. Elle adapte l'analyse de la valeur spécifiquement au processus achat, en particulier les prestations de service et les travaux. En effet, ainsi qu'on l'a vu, l'analyse de la valeur s'applique plus particulièrement à un processus industriel de fabrication. Or, dans l'acte d'achat, on s'intéresse à une dépense inconnue, mais cela ne nécessite pas systématiquement une fabrication « sur mesures », des produits courants étant le plus souvent à même de satisfaire le besoin de l'utilisateur. Enfin, les achats

8. Jean-Arthur Pinçon, *Optimiser les achats par l'analyse fonctionnelle : la méthode OP€RA*, éditions de la Performance, 2004.

concernent pour une part très importante l'acquisition de prestations de service.

Son auteur la définit comme une « méthode d'optimisation qualité et coût en achat fondée sur l'analyse fonctionnelle du besoin », dont les caractéristiques sont décrites dans la figure 2.13.

L'intérêt de cette méthode est de déterminer un maximum de critères par fonctions pour des marchés complexes et/ou représentant des enjeux importants : marchés industriels, prestations de service spécifiques, travaux complexes. En ce qui concerne les marchés simples, la méthode permet de dégager quelques critères adaptés et suffisants.

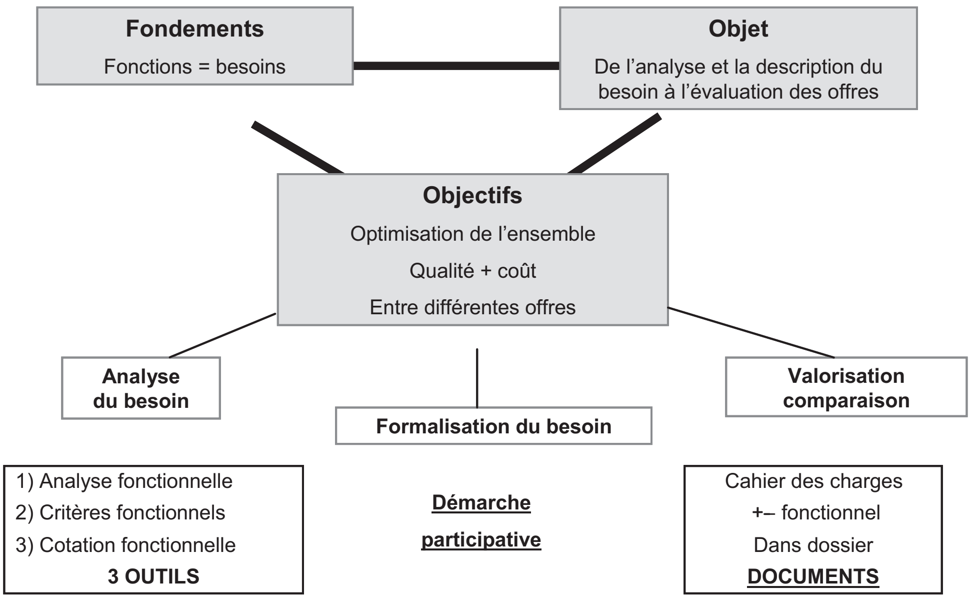


Figure 2.13 Synthèse de la méthode OP€RA

Source : Jean-Arthur Pinçon, *Optimiser les achats par l'analyse fonctionnelle*, éditions de la Performance, 2004.

Selon cette méthode, l'acheteur évalue son besoin par rapport aux fonctions, que l'on classe dans deux catégories : qualité, coût. De ces fonctions l'on déduit des critères fonctionnels objectifs, le cas échéant quantifiables. Cette analyse permet d'établir d'une part un cahier des charges plus ou moins fonctionnel qui sert de référence au cahier des clauses techniques, et d'autre part les critères de choix (*cf.* figure 2.14).

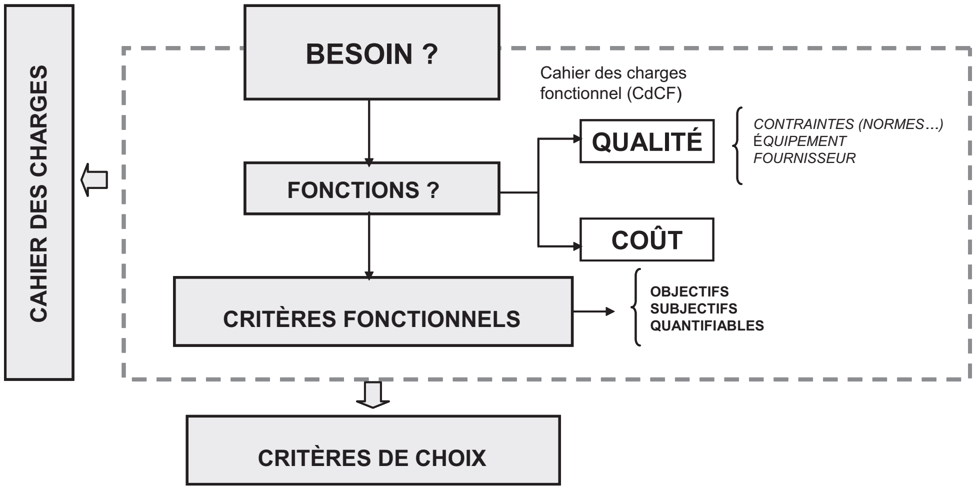


Figure 2.14 Besoin, cahier des charges et critères de choix

Lors de l'analyse du besoin, l'acheteur doit évaluer trois éléments qui vont conditionner les moyens en personnel et en temps que l'on doit accorder à la commande :

– le montant et la nature des crédits disponibles pour l'achat : investissement ou fonctionnement, annuel ou pluriannuel ;

– la criticité du besoin, c'est-à-dire l'impact d'une défaillance de l'achat sur le fonctionnement de la collectivité ou dans l'exécution de ses missions, ainsi que la probabilité d'occurrence d'une défaillance :

- criticité « interne » : coûts induits, sécurité des biens et des personnes, exécution des missions de la collectivité ;
- criticité « externe » : achat innovant à obsolescence rapide, faible nombre ou faible qualité des fournisseurs, contraintes de dates de réalisation, santé financière des entreprises…

– récurrence et transversalité du besoin : répétitivité, besoins identiques sur plusieurs sites dépendant de la même personne publique…

La démarche d'analyse du besoin va s'effectuer en trois étapes : analyse fonctionnelle, détermination de critères fonctionnels, cotation fonctionnelle.

L'analyse fonctionnelle consiste à répondre à la question « Pourquoi ? » avant de se préoccuper du « Comment ? ». Ainsi, l'acheteur s'interroge d'abord sur la finalité du besoin et détermine les fonctions que celui-ci doit remplir. Ensuite, il définit des indicateurs lui permettant d'apprécier et de mesurer, *a priori*, la satisfaction des besoins. Ce sont les critères fonctionnels. Enfin, la cotation fonctionnelle permet de hiérarchiser les fonctions et de finaliser les critères d'attribution, le niveau de satisfaction des fonctions étant apprécié par une note chiffrée. Un tableau d'évaluation des réponses permet d'évaluer les offres sur la base de cette cotation.

Exemple d'application de la méthode OP€RA

PARTIE I – PRÉSENTATION GÉNÉRALE

Le contexte

XXX, dans le cadre de la mission de service public qui lui est confiée, se doit de gérer au mieux l'ensemble de ses activités. Dans ses comptes, les achats représentent le deuxième poste de dépenses soit environ 30 % du C.A. Dans ce cadre, la direction des Achats a mis en place un projet qui répond aux objectifs suivants :

- dégager des économies tangibles ;
- homogénéiser les bonnes pratiques ;
- valoriser la fonction acheteur.

Pour ce faire, un ensemble de formation est prévu pour les différents acteurs du processus. La négociation étant l'une des phases importantes, il est donc nécessaire de mettre en place des formations spécifiques dans ce domaine.

L'objet

Dans ce cadre, XXX lance une consultation pour la formation à la négociation d'environ 300 à 400 acheteurs selon un module de 2 jours sur la base de 12 acteurs par stage.

Ce cahier des charges comprend dans la partie II une définition du besoin sous forme de fonctions traduites en attentes. Ces fonctions sont complétées par des critères qui sont des indicateurs d'évaluation au niveau qualité. Ils permettent ainsi de comparer les différentes offres.

Dans la partie III sont présentées les informations qui doivent impérativement être fournies dans la réponse.

Dans la partie IV se trouve l'ensemble des Dossiers techniques et organisationnels (DTO) :

- DTO A : projet achat ;
- DTO B : typologie acheteur ;
- DTO C : lieu de formation ;
- DTO D : formations déjà réalisées.

PARTIE II – DÉFINITION DU BESOIN

FONCTIONS **Traduction des attentes**	**CRITÈRES** **Indicateurs d'évaluation des offres**
F1 Former 300 à 400 acheteurs (2j par groupe de 12) aux pratiques de la négociation afin de : – professionnaliser les achats ; – les aider à réaliser des économies ; – renforcer leur image vis-à-vis des clients et fournisseurs.	1. Contenu formation 2. CV et références des formateurs 3. Structure entreprise 4. Modalités de préparation et mise en place
F2 Informer régulièrement la DRH de l'avancement de la formation.	1. Modèle rapport synthèse 2. Modalités organisation information 3. CV et références formateurs
F3 Adapter la formation en regard des stagiaires.	1. CV et références formateurs 2. Modalités d'évaluation des stages 3. Modalités de préparation et mise en place 4. Modularité de la formation et supports
F4 Réaliser en fin de la prestation une synthèse avec recommandations.	1. CV et références formateurs 2. Modèles synthèse fins de stage 3. Délai et mode de transmission
F5 Pouvoir assurer une continuité de prestation avec le même formateur en respectant l'échéancier.	1. CV remplaçant 2. Proposition d'échéancier

NB : Dans F1, les points 1,2,3 correspondent aux objectifs de formation donnés par le client.

Source : *Optimiser les achats par l'analyse fonctionnelle*, Jean-Arthur Pinçon, éditions de la Performance PriceWaterHouseCoopers 2004, reproduit intégralement avec l'aimable autorisation de l'auteur.

PARTIE III – INFORMATIONS À FOURNIR

1) Critères

L'offre devra impérativement comprendre une réponse à ces demandes d'informations qui serviront à l'évaluation qualitative des réponses des fournisseurs. Il n'y a aucune valeur hiérarchique dans la présentation.

Informations sur l'entreprise :

1. Structure
2. CV et références formateur

3. CV remplaçant
4. Échéancier

Techniques :

5. Modalités de préparation
6. Contenu formation
7. Modularité

Information :

8. Modèle rapport synthèse
9. Modalités évaluation des stages
10. Modalités organisation information
11. Modèles d'évaluation fin stage

2) Nature de l'offre financière

Le devis comprendra un détail selon les phases suivantes :

Préparation | animation par stage | suivi

Les offres seront comparées sur un coût par stagiaire sur la base de 35 stages de 12 personnes.

PARTIE IV – DTO (non détaillé)

NB : Ce cahier des charges est l'exemple même du dossier qui peut être normalisé.

1) La fonction principale est toujours la même : former X personnes à ZZ en fonction de : objectifs de formation 1, objectifs de formation 2,… (voir formulation de F1) ;

2) les fonctions secondaires et les DTO sont presque toujours du même ordre ;

3) les critères sont de même type, certes, avec des pondérations différentes.

En conséquence ce type de dossier devrait permettre de minimiser le temps et ne nécessite pas un volume important.

La définition préalable du besoin est une phase essentielle qui doit être remise à sa vraie place. Le temps que l'acheteur lui consacre permet :

- de satisfaire l'utilisateur ;
- de réaliser des économies ;
- de garantir la sécurité juridique de l'acheteur ;
- de faciliter le processus de choix du mieux-disant, sur des bases objectives.

Le processus de définition du besoin peut intégrer une analyse des risques, en fonction du produit ou de la prestation achetée.

Cette démarche induit un cercle vertueux : les marchés étant bien construits, ils se déroulent dans de bonnes conditions et épargnent

beaucoup de temps auparavant passé à régler des malentendus, gérer des contentieux… Le temps ainsi dégagé permet d'apporter le soin nécessaire aux commandes futures, les conditions de travail des services s'en trouvent améliorées.

Des achats récurrents, ainsi que le montre l'exemple de J.-A. Pinçon, peuvent faire l'objet de dossiers types : l'investissement initial en temps pour une définition approfondie du besoin est ensuite largement rentabilisé, il suffira de procéder à des mises à jour.

Ce processus peut être formalisé dans le cadre d'un guide d'achat, dont un canevas est donné en annexe.

3

La formulation du besoin et le cahier des charges

3.1 La détermination définitive de la prestation demandée

L'analyse du besoin faite, l'acheteur dispose d'un cahier des charges fonctionnel (CdCF) plus ou moins élaboré. Il arrête les caractéristiques générales du marché, au vu des fonctions, des contraintes et des données techniques arrêtées et validées. L'objectif de cette étape est d'éviter une consultation infructueuse et/ou une remise en cause des besoins qui auraient été mal été interprétés ou retranscrits par le prescripteur. Le document de base pour l'élaboration du cahier des charges sera le CdCF, que l'on pourra utilement, le cas échéant, annexer au CCTP[1], permettant ainsi aux candidats de bien cerner les objectifs recherchés par l'acheteur public et de présenter une offre adaptée.

1. Cahier des clauses techniques particulières, traduction en cahier des charges de l'expression du besoin.

3.1.1 Les caractéristiques générales du futur marché

L'objet est le premier point devant retenir l'attention de l'acheteur : il découle directement de l'analyse du besoin et, éventuellement, des choix techniques. Se posent maintenant les questions d'allotissement, de durée, de forme du marché, de prix et de conditions d'exécution avec l'encadrement, voire l'interdiction éventuelle de variantes.

■ ***L'objet du marché***

La rédaction de l'objet est un point essentiel : il doit être suffisamment précis et détaillé pour traduire parfaitement le périmètre du marché. Dès lors que la procédure sera lancée, il ne sera plus possible de revenir sur ce point. Une insuffisance dans la définition de l'objet du marché peut générer des contentieux importants, fragilisant ainsi la procédure et le marché lui-même.

> **[…] L'objet des marchés (description de la prestation, volumétrie…) doit être défini avec précision dès l'avis d'appel public à concurrence et ne peut plus par la suite être modifié. Seules peuvent faire l'objet d'avenants les prestations complémentaires ayant un lien avec l'objet du marché initial […]**

(*CSM actualité*, Commissions spécialisées des marchés, n° 2, 2e trimestre 2002)

> **[…] Avis défavorables de la commission motivés par les irrégularités suivantes […] :**
>
> **Insuffisante définition de la nature des prestations, pouvant conduire à requalifier le marché en contrat de prêt de main-d'œuvre […]** ***(s'agissant d'un marché d'études, NDLR).***

(*CSM actualité*, Commissions spécialisées des marchés, CSM/approvisionnements généraux, n° 9, 1er trimestre 2004).[2]

■ ***L'allotissement***

Les règles d'allotissement sont précisément définies par la réglementation, la dernière version du Code imposant désormais l'allotissement pour les marchés les plus importants en montant.

2. Les Commissions spécialisées des marchés, organes de contrôle *a priori* des marchés de l'État, ont été remplacées par la Commission des marchés publics de l'État (CMPE) par décret n° 2004-1299 du 26 novembre 2004.

Article 10 du nouveau Code des marchés publics

Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés dans les conditions prévues par le III de l'article 27. À cette fin, il choisit librement le nombre de lots, en tenant notamment compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions. Les candidatures et les offres sont examinées lot par lot. Les candidats ne peuvent présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus. Si plusieurs lots sont attribués à un même titulaire, il est toutefois possible de ne signer avec ce titulaire qu'un seul marché regroupant tous ces lots.

Le pouvoir adjudicateur peut toutefois passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination.

Si le pouvoir adjudicateur recourt à des lots séparés pour une opération ayant à la fois pour objet la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, les prestations de construction et d'exploitation ou de maintenance ne peuvent être regroupées dans un même lot. S'il recourt à un marché global, celui-ci fait obligatoirement apparaître, de manière séparée, les prix respectifs de la construction et de l'exploitation ou de la maintenance. La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut en aucun cas contribuer au paiement de la construction.

Cette étape est essentielle car elle conditionne l'exécution du marché. On allotit selon des critères techniques ou fonctionnels, par exemple selon le métier considéré ou bien selon le lieu d'exécution. Un allotissement permet d'ouvrir la concurrence en permettant à un plus grand nombre d'entreprises, du fait de leur spécialité ou de leur taille, d'accéder au rang de titulaire de marché. Un marché important ou comportant des prestations diverses, non alloti, sera susceptible de générer davantage de sous-traitance, voire une procédure infructueuse si les prestations touchent des métiers différents. C'est pourquoi l'allotissement est un des leviers favorisant l'accès des PME-PMI à la commande publique, directement et non à travers la sous-traitance, généralement moins avantageuse malgré des dispositifs de protection (en matière de paiement en particulier) prévus par la loi et le règlement.

Les offres correspondant à chaque lot seront examinées successivement et indépendamment. Après attribution, chaque lot est indépendant et constitue un marché à part entière. Il est cependant

possible, depuis la réforme 2004 (confirmé en 2006), de regrouper en un seul marché plusieurs lots attribués à un même titulaire (ce qui simplifie le suivi du marché dans son exécution).

On notera un point important, spécifique aux marchés publics : « Les candidats ne peuvent pas présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus. »[3] Cette précision a pour effet de protéger les petites structures au sein de la commande publique : la généralisation de rabais en cas d'attribution de plusieurs lots privilégierait *a priori* les grandes entreprises, réputées avoir une meilleure capacité à répondre à des marchés plus importants, au détriment des petites.

L'allotissement est, en effet, présenté par les instances gouvernementales comme un moyen de favoriser l'accès des PME à la commande publique, c'est pourquoi le nouveau Code le recommande en quasi-règle, à défaut de l'imposer explicitement, comme il en avait l'intention au départ.

> [..] L'une des règles ayant présidé à la rédaction de ce nouveau Code[4] a été d'assurer l'égalité d'accès de toutes les entreprises à la commande publique, notamment en déterminant les mécanismes les mieux à même de placer les artisans et les PME et, en particulier, les très petites entreprises, en position de pouvoir soumissionner sans difficulté aux marchés des collectivités publiques. C'est à la demande d'organisations professionnelles représentant les PME que l'idée de la suppression de la retenue de garantie a été écartée, ces organisations redoutant qu'une telle mesure ne produise dans les faits une éviction des PME dans un raisonnement qui a été validé par le Conseil d'État.
>
> Par ailleurs, l'encouragement du recours à l'allotissement et au groupement des offres permet de lever les obstacles techniques limitant l'accès des PME à la commande publique […]
>
> Extrait de la réponse du ministre de l'Économie, des finances et de l'industrie à la question de M. Pélissard n°60836 du 7 mai 2001.

En matière d'allotissement, l'acheteur doit se poser la question de l'éventuelle coordination à effectuer entre les prestations, chacune objet d'un lot.

3. Article 10 du décret portant Code des marchés publics.
4. Il s'agissait alors de la première réforme, celle de 2001, c'est pourquoi le ministère parle alors de nouveau Code. Le lecteur aura bien sûr relevé qu'il s'agit bien ici du Code 2001, en aucun cas de la réforme actuelle (voir conventions de langage en début d'ouvrage).

L'obligation d'allotir, telle qu'elle ressort de la rédaction de l'article 10 du nouveau Code des marchés publics, n'est pas anodine, elle a des conséquences directes sur les conditions et les résultats potentiels de la mise en concurrence, ainsi que sur l'exécution des marchés et donc leur coût : par exemple présence d'un OPC (ordonnancement pilotage coordination) en travaux, comptes proratas, etc., qui représentent des charges supplémentaires directes ou indirectes pour le pouvoir adjudicateur.

On notera enfin, dans le cas d'un marché ayant pour objet à la fois la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, l'obligation d'un lot séparé pour la partie construction. En cas de marché global, « celui-ci fait obligatoirement apparaître, de manière séparée, les prix respectifs de la construction et de l'exploitation ou de la maintenance. La rémunération des prestations d'exploitation et de maintenance ne peut en aucun cas contribuer au paiement de la construction [5] ». Ces dispositions ont été prises pour éviter le retour des « marchés d'entreprises de travaux publics » (METP) dont les turpitudes, non pas intrinsèques, mais dans l'application qui en a parfois été faite, ont alimenté les rubriques de la presse[6]. Le paiement différé combiné à un contrat unique de construction, d'exploitation et de maintenance est toutefois possible, mais dans le cadre des contrats de partenariat[7], qui sont des contrats ne ressortant pas du Code des marchés publics.

> **L'allotissement des marchés, prévu à l'article 10 du Code des marchés publics, est de nature à faciliter l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique et donc de permettre l'exercice d'une meilleure concurrence. Néanmoins, un nombre excessif de lots, conduisant à des marchés d'un montant trop faible, peut, *a contrario*, ne pas inciter les entreprises à se porter candidates à des consultations lancées dans de telles conditions.**

5. *Ibid.*
6. Notamment avec l'affaire dite des « marchés publics des lycées d'Ile-de-France ».
7. Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, baux emphythéotiques administratifs (BEA) art. L1311-2 du CGCT.

> L'allotissement doit donc tenir compte de la nature des prestations et de l'état de la concurrence dans le secteur économique du marché concerné.

CSM actualité, Commissions spécialisées des marchés, n° 6, 2e trimestre 2003

> […] L'allotissement ne doit pas être utilisé pour répartir artificiellement les prestations […]

CSM actualité, Commissions spécialisées des marchés, n° 7, 3° trimestre 2003

> Le Conseil d'État, saisi par le Syndicat des entreprises générales de France, jugeant l'obligation d'allotissement discriminatoire à leur égard, d'une demande d'annulation de l'article 10 du nouveau Code des marchés publics, n'a pas suivi le requérant et a maintenu l'article en l'état, « considérant qu'en posant le principe de l'allotissement des marchés, les dispositions précitées de l'article 10 du Code des marchés publics ont pour objet de susciter la plus large concurrence entre les entreprises, qu'il s'agisse d'entreprises générales ou non ; qu'elles prévoient d'ailleurs des exceptions dans les cas où l'allotissement serait de nature à restreindre la concurrence ; qu'il n'est pas établi que ce principe aurait en soi pour effet de créer une discrimination au détriment des entreprises générales, lesquelles, au contraire, sont aptes à soumissionner pour l'ensemble des lots d'un marché ; que, par suite, les moyens tirés de la violation du principe d'égalité, tant en droit interne qu'en droit communautaire, ainsi que de la liberté de prestations de services instituée par l'article 49 du traité instituant la Communauté européenne et de la liberté d'entreprendre doivent être écartés ; que de même, le principe de l'allotissement des marchés n'a ni pour objet, ni pour effet de porter atteinte à la liberté de choix du pouvoir adjudicateur et qu'ainsi doit être écarté le moyen tiré d'une prétendue méconnaissance de cette liberté, en violation tant de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services que de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. »

Conseil d'État, Sect. 9, juillet 2007, Syndicat EGF-BTP et autres, n° 297711, 297870 et autres

■ ***Les « lots techniques »***

La notion de « lots techniques » vient d'une pratique des travaux publics et du bâtiment. Il s'agit de prestations spécifiques et circonscrites à l'intérieur d'un marché. Le lot technique n'est pas systématiquement confondu avec le lot « juridique », au sens de l'article 10 du Code des marchés publics. Le lot technique peut correspondre à un métier (par exemple, plomberie, couverture) au sein d'une prestation plus globale (exemple, rénovation d'un bâtiment), celle-ci faisant l'objet d'un marché ou lot unique. Cette distinction permet la possibilité d'attribution du marché à un groupement momentané d'entreprises de forme conjointe (voir *supra*, 1.2.2).

> **« Considérant qu'il résulte de ces dispositions que si la candidature des groupements d'entreprises à forme conjointe suppose, en vertu du I de l'article 51 du Code des marchés publics, que le maître d'ouvrage ait décomposé le marché en plusieurs ensembles de prestations techniques susceptibles, chacun, d'être attribué à un membre du groupement, cette décomposition en lots techniques – qui est une opération différente de celle de l'allotissement prévu à l'article 10 précité du même Code, lequel consiste à conclure plusieurs marchés séparés – ne fait pas obstacle à la conclusion d'un marché unique ; qu'ainsi, en se fondant sur la circonstance que le marché litigieux avait le caractère d'un marché unique pour juger que la collectivité publique ne pouvait pas réserver ce marché aux groupements conjoints, le premier juge a entaché son ordonnance d'une erreur de droit. »**

Conseil d'État, 30 juin 2004 – OPHLM de la ville de Nantes, req. n° 261472

■ ***La durée du marché***

Un marché est un contrat public d'une durée assez courte (comparée à celle des délégations de service public ou des contrats de partenariat, par exemple), bien que la réglementation ne fixe pas de limite chiffrée, sauf dans des cas particuliers.

Article 16 du nouveau Code des marchés publics

Sous réserve des dispositions fixant la durée maximale pour les accords-cadres et les marchés à bons de commande, […], la durée d'un marché ainsi que, le cas échéant, le nombre de ses reconductions, sont fixés en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique […]

La durée du marché déroule directement de son objet, donc de l'analyse du besoin. Elle correspond au temps nécessaire pour exécuter la prestation. Dans le cas de marchés de prestations de services continues, la durée est appréciée par la personne responsable du marché, en fonction de la finalité recherchée, des contraintes connues et de l'économie potentielle.

On notera qu'un marché reconductible doit obligatoirement faire l'objet d'une reconduction « expresse », c'est-à-dire signée et notifiée par l'autorité compétente, sous peine de nullité (voir *infra*). Cette décision de reconduction reste discrétionnaire pour l'administration, le fournisseur ne pouvant quant à lui la refuser, sauf disposition contractuelle contraire. Une telle disposition introduit un déséquilibre important dans le contrat et requiert, de la part de l'entreprise, une analyse des risques avant de proposer une offre. Dans un contexte économique difficile, l'entreprise n'a pas toujours le choix et doit alors accepter ces conditions, que l'on peut qualifier de léonines car rarement justifiées par des contraintes réelles de l'administration.

Exemple de durée

Un marché de maintenance d'un matériel amortissable sur cinq ans pourra, logiquement, être d'une durée de cinq ans.

Un marché de travaux visant à rénover un ouvrage aura une durée correspondant à la durée prévisionnelle imposée par la nature et le volume des travaux prévus.

3.1.2 La forme du marché

Le marché peut être « fractionné ». Il existe les accords cadres, nouveauté du Code 2006, et les deux types classiques de marchés fractionnés : les marchés « à bons de commande » et les marchés « à tranches conditionnelles ».

■ *Les accords cadres*

La notion de marchés à bons de commande était bien connue et largement utilisée. Celle des accords cadres, même si elle en est proche, sera d'une mise en œuvre plus délicate, au moins au début.

Les caractéristiques principales de ces nouveaux types de contrats sont schématisées sur la figure 3.1. Ces deux nouveaux types de

> **Article 76 du nouveau Code des marchés publics**
>
> **I.** Les accords-cadres définis à l'article 1er sont passés selon les procédures et dans les conditions prévues par le présent Code. Ils peuvent prévoir un minimum et un maximum en valeur ou en quantité ou être conclus sans minimum ni maximum.
>
> **II**. Les marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre sont des documents écrits qui précisent les caractéristiques et les modalités d'exécution des prestations demandées qui n'ont pas été fixées dans l'accord-cadre. La conclusion des marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre intervient soit lors de la survenance du besoin, soit selon une périodicité prévue par l'accord-cadre.

contrat sont des outils donnant à l'acheteur une grande souplesse car ils sont beaucoup moins encadrés que leurs prédécesseurs.

> **On peut se réjouir de cette nouvelle procédure, car, selon M. J. Grand d'Esnon, Directeur des affaires juridiques du ministère des Finances et maître d'œuvre des réformes du Code des marchés publics, « […] elle résout le problème de la rapidité de l'achat. C'est une forme de marchés à bons de commande qui permet de découpler la phase de publicité et de mise en concurrence de la phase d'achat elle-même. Concrètement, l'acheteur qui a préalablement défini son besoin fait une mise en concurrence classique, c'est-à-dire une publicité préalable puis une sélection des candidatures valable pour une durée de quatre ans maximum. Lorsque le besoin se fait sentir, il n'y a plus qu'à remettre les candidats présélectionnés en concurrence […] ».[8]**

On peut craindre aussi des effets pervers, tels que, par exemple :

- définition du besoin approximative par manque de méthode ou facilité ;
- volume du besoin non déterminé par absence de démarche prévisionnelle ;
- contrats déséquilibrés du fait d'obligations très lourdes pesant sur le prestataire, très faibles pour le pouvoir adjudicateur,
- incertitude du fournisseur sur l'étendue réelle de son engagement…

8. Entretien avec S. Levet-Veyrier et E. Cloâtre, *Le Moniteur BTP* n° 5302, 8 juillet 2005.

Tout cela ayant pour effet :

– de limiter la concurrence et d'écarter les petites structures qui devront se contenter de la position de sous-traitant ;
– de renchérir les prix, l'incertitude et le risque du fournisseur ayant un coût, fatalement reporté sur l'acheteur…

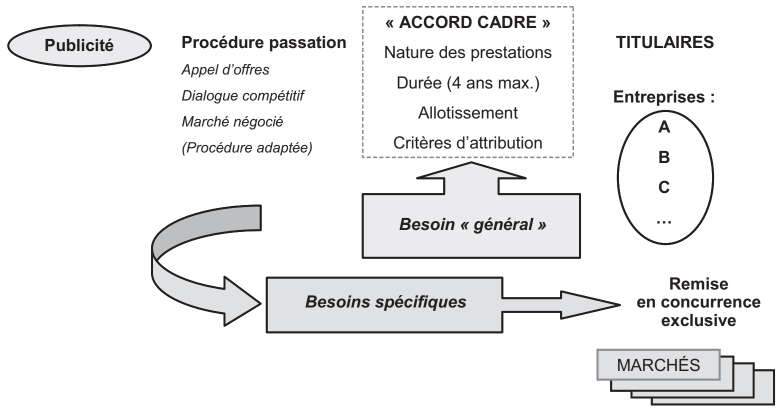


Figure 3.1 Les accords cadres

Les accords cadres peuvent permettre de constituer un vivier de quelques fournisseurs pour une durée pouvant aller jusqu'à quatre ans, allégeant les obligations de publicité et de mise en concurrence pendant cette durée, sur ce type de prestations : on en revient au système des « trois devis ».

Ce nouveau concept remplace les anciens marchés à bons de commande, multi-attributaires, sans minimum ni maximum[9]. À la différence de ceux-ci, qui étaient fortement encadrés et réservés à des cas bien particuliers et donc peu utilisés, ces nouveaux contrats sont très peu encadrés et laissent donc une large liberté à l'acheteur. Autre différence : dans l'ancien système, il y avait un seul contrat, le marché, les remises en concurrence étaient effectuées pour chaque bon de commande : celui-ci ne pouvant modifier le marché, il n'était pas possible, sauf avenant régulier, d'insérer des prestations nouvelles ou différentes des prestations contractuelles initiales.

9. Article 71-IV du décret 2004-15 du 7 janvier 2004.

Or, le concept d'accord cadre fait appel à deux contrats successifs :

- un premier contrat, à partir duquel l'acheteur se constitue un vivier restreint de fournisseurs (au moins trois[10]) ou, le cas échéant, un seul ;
- des contrats successifs passés en fonction des besoins apparaissant au cours de la durée de l'accord-cadre.

Exemple possible d'utilisation d'accords cadres

Une collectivité importante passe chaque année de nombreux marchés de travaux. Elle peut utiliser l'accord-cadre dans le domaine des prestations intellectuelles liées aux marchés de travaux, tels que la coordination sécurité protection santé (SPS) ou encore le contrôle technique. Ainsi l'accord-cadre de contrôle technique permettrait de sélectionner trois bureaux de contrôle, pour une durée pouvant aller jusqu'à quatre ans (soit en continu, soit par reconductions annuelles successives). Pour chaque opération, la collectivité rédige un marché spécifique à celle-ci et met en concurrence ces trois prestataires, sans avoir besoin de faire une publicité générale en dehors de ces trois entreprises.

Dans le cas d'un accord-cadre attribué à un seul prestataire, « les marchés fondés sur cet accord-cadre sont attribués dans les limites des termes fixés dans cet accord-cadre » (directive 2004-18, article 32-3). Le texte français semble plus libéral, en indiquant simplement que « le pouvoir adjudicateur peut [...] lui demander de compléter, par écrit, son offre. Les compléments ainsi apportés aux caractéristiques de l'offre retenue pour l'attribution de l'accord-cadre ne peuvent avoir pour effet de les modifier substantiellement » (nouveau Code, article 98-2°).

10. On relèvera la différence de rédaction du texte par rapport à la directive européenne. Article 71 du décret : « Si le pouvoir adjudicateur qui envisage de conclure un marché cadre ou un accord cadre avec plusieurs opérateurs économiques décide de limiter le nombre des candidats admis à participer à la procédure de passation de ce marché ou de cet accord, il ne peut fixer un nombre minimum inférieur à trois ». Directive 2004-18, article 32-4 : « Lorsqu'un accord cadre est conclu avec plusieurs opérateurs économiques, le nombre de ceux-ci doit être au moins égal à trois, dans la mesure où il y a un nombre suffisant d'opérateurs économiques satisfaisant aux critères de sélection et/ou offres recevables répondant aux critères d'attribution. »

■ *Les nouveaux marchés à bons de commande*

Les marchés à bons de commande sont bien connus des acheteurs et des fournisseurs, très largement utilisés et leur intérêt n'est plus à démontrer.

Toutefois, les différentes catégories de marchés à bons de commande, ainsi que l'encadrement du maximum par rapport au minimum, ont disparu avec la dernière réforme.

Article 77 du nouveau Code des marchés publics

I. Un marché à bons de commande est un marché conclu avec un ou plusieurs opérateurs économiques et exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande.

Il peut prévoir un minimum et un maximum en valeur ou en quantité ou être conclu sans minimum ni maximum.

L'émission des bons de commande s'effectue sans négociation ni remise en concurrence préalable des titulaires, selon des modalités expressément prévues par le marché.

Les bons de commande sont des documents écrits adressés aux titulaires du marché. Ils précisent celles des prestations, décrites dans le marché, dont l'exécution est demandée et en déterminent la quantité. [...]

Dans le cas des marchés à bons de commande, l'acheteur connaît précisément l'objet du marché et la nature des prestations souhaitées, mais il maîtrise plus ou moins les quantités nécessaires ainsi que les occurrences dans le temps. Cette souplesse ne doit pas avoir pour effet une définition du besoin approximative.

> **L'incertitude ne saurait en aucun cas affecter ni la définition de l'objet du marché, ni son prix : il n'est donc pas possible, pour l'acquisition de matériels par exemple, de se contenter de faire référence au catalogue des fournisseurs, ou pour des prestations de service, de définir les prestations dans des devis établis à partir de taux horaires ou journaliers. Il est par contre nécessaire de définir les prestations attendues dans le dossier de consultation.**

Commissions spécialisées des marchés, rapport annuel 2002 (II.1)

Jusqu'à présent, le cas le plus fréquent voyait un marché fixé avec un minimum et un maximum. Auparavant, celui-ci était limité à quatre fois le minimum. Il ne l'est plus. Par ailleurs, ce type de marché reste limité à quatre ans maximum. Cette durée peut être

continue ou bien faire l'objet d'une durée initiale, reconductible. Chaque reconduction fait l'objet d'une décision expresse, donc écrite, selon des modalités prévues dans le marché. La reconduction se fait à l'identique, c'est-à-dire que le marché ne saurait être modifié à cette occasion. Le nombre de reconductions doit être indiqué dès l'avis de publicité.[11]

Les choix dans ce domaine découlent directement de l'analyse fonctionnelle.

Exemples de marchés à bons de commande

Fournitures

Une administration passe un marché d'approvisionnement en consommables informatiques. En fonction de son parc, le service responsable (généralement la direction des systèmes d'information) dresse l'inventaire des différents consommables à acquérir (clés USB, CD et DVD, cartouches d'impression, toners…), en fonction du parc existant, en notant bien les compatibilités indispensables. Sur la base de l'expérience des consommations habituelles, le service définit les quantités moyennes commandées annuellement. Sur cette base, toujours en fonction de l'expérience et des données budgétaires, il détermine une fourchette en dessus et au-dessous de cette moyenne constatée et la valorise en fonction des tarifs habituellement pratiqués (ou des prix unitaires du précédent marché, compte tenu des évolutions économiques).

On détermine un bordereau des prix unitaires, qui sera renseigné par les candidats, pour chaque article dans le conditionnement prévu. Le marché fera apparaître un minimum et un maximum en montant financier, compte tenu de la grande variété des produits achetés. Cette amplitude devra être la plus resserrée possible, afin de minimiser l'incertitude des fournisseurs sur les volumes commandés et profiter ainsi des meilleures offres tarifaires.

Ce marché pourra être d'une durée maximum de 4 ans ou bien d'une durée inférieure reconductible. Compte tenu de l'évolution rapide du besoin et des produits, il n'est pas recommandé de préparer un marché de longue durée. On pourra passer un marché d'un an reconductible une fois, ou bien passer un accord-cadre d'une durée plus longue.

11. L'article 15 du Code 2004, en ce qui concerne la reconduction, a fait l'objet d'un contentieux en annulation au motif, notamment, qu'il défavorisait les petites structures et instaurait un abus de position dominante de la personne publique. Ces moyens n'ont pas été retenus par le juge qui n'a pas annulé cet article, voir Conseil d'État 23 février 2005, Association pour la transparence et la moralité des marchés publics (ATMMP) et autres n° 264712, 265248, 265281, 265343.

Dans l'exécution, chaque bon de commande précisera les quantités commandées, valorisées en fonction des prix unitaires précisés au marché.

Travaux

Un service technique chargé de la maintenance de bâtiments décide d'assurer les besoins de remplacement des menuiseries extérieures de bâtiments divers, sous forme de marché cadre. Compte tenu de la variété possible des besoins spécifiques et de la spécialisation des entreprises du secteur, le marché comportera trois lots : menuiseries bois, menuiseries aluminium, menuiseries PVC. Le marché comprend la prise de mesure, la dépose des anciennes menuiseries et leur évacuation, la fabrication des nouvelles et leur pose. Des caractéristiques supplémentaires concernent le type de vitrage, d'isolation, etc. Le bordereau des prix unitaires fera apparaître un prix au mètre linéaire posé (avec en sous-détail de prix l'ensemble des opérations décrites au marché), ce prix étant précisé selon le type d'isolation ou de vitrage choisi. Le minimum et le maximum apparaîtront pour chacun des lots, déterminés en fonction du parc à gérer et des programmes prévus, conjugués à l'expérience des besoins des années précédentes.

Reconduction tacite ou reconduction expresse ?

« Un marché peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte la durée totale du marché, périodes de reconduction comprises.

Le pouvoir adjudicateur prend par écrit la décision de reconduire ou non le marché. Le titulaire du marché ne peut refuser sa reconduction sauf stipulation contraire prévue dans le marché. »

Article 16 du décret n° 2006975-15 1er août 2006

Faisant l'objet d'une décision écrite, la reconduction prévue par la réglementation est donc expresse.

« Considérant que le contrat résultant de l'application d'une clause de tacite reconduction a le caractère d'un nouveau contrat […],

« Considérant qu'une clause de tacite reconduction d'un contrat qui, en raison de sa nature et de son montant, ne peut être passé qu'après que les obligations de publicité et de mise en concurrence prévues par la réglementation applicable ont été respectées, a pour objet de permettre la passation d'un nouveau contrat sans que soient respectées de telles obligations ; qu'une telle clause ne peut être que nulle, de sorte que le contrat passé en application de cette clause, qui a été conclu selon une procédure irrégulière, est également nul ; […] »

Conseil d'État 29 novembre 2000, Commune de Païta, n° 205143

La jurisprudence exclut la tacite reconduction qui frappe le contrat de nullité.

L'acheteur doit prêter une attention particulière aux souplesses consenties par la réglementation et à leurs effets pervers, qui doivent être appréhendés dès le départ. En effet :

- l'administration acheteuse s'engage à commander à hauteur du minimum au titulaire qui, lui, s'engage à réaliser le maximum, le cas échéant : si l'on retient l'amplitude anciennement autorisée (maximum = quatre fois le minimum), le prestataire s'engage donc quatre fois plus que l'acheteur ; si le maximum n'est pas précisé, l'incertitude du fournisseur aura fatalement un coût pour l'acheteur ;
- le marché est passé, par exemple, pour une durée initiale d'un an, reconductible trois fois. La reconduction est expresse, elle fait l'objet d'une décision écrite signée du délégataire compétent. Sauf stipulations différentes au marché, le titulaire ne peut refuser la reconduction[12]. Cela signifie qu'au départ, juridiquement, l'administration ne s'engage pas plus loin que la première année, alors que le prestataire s'engage, lui, pour la totalité de la durée, reconductions comprises. Cela revient à dire qu'il s'engage, au moins théoriquement, pour quatre fois le maximum annuel, en signant l'acte d'engagement (si le maximum égale quatre fois le minimum) !

Ainsi que le montre la figure 3.2, l'écart d'engagement contractuel entre les deux contractants peut aller de 1 à 16 ! La réforme 2006 laissant une totale liberté à l'acheteur, l'écart peut être, théoriquement, infini !

> « **Les marchés à bons de commande comportent généralement un minimum et un maximum qui, en fonction des besoins, constatés, doivent être calculés de façon réaliste en montant ou en quantité. La Commission rappelle fréquemment que l'écart de 1 à 4, autorisé par le CMP, ne dispense pas les services acheteurs de définir leurs besoins au plus juste. À partir du moment où l'un des deux termes de la fourchette (en général le minimum) est bien calculé, l'écart peut être modéré.** »

CMPE, rapport d'activité 2005 (II.B. 2)

12. Cette disposition, intervenue avec la réforme 2004, apparaît sans modification à l'article 16 du nouveau Code.

On conçoit aisément qu'un tel déséquilibre au détriment du prestataire se traduit par une diminution de l'offre concurrentielle (certaines entreprises renonçant, compte tenu de l'incertitude et du risque d'un tel contrat), et par un renchérissement des prix (l'incertitude se paye, de plus le prix sera calculé sur les quantités minima, quelles que soient les commandes ultérieures, la réglementation ne permettant pas de remises ultérieures en cours d'exécution du marché). Cette liberté de l'acheteur, dont les conséquences pratiques peuvent s'avérer très défavorables aux petites structures, est supposée être compensée par les mesures volontaristes, pour ne pas dire dirigistes, décidées en faveur des PME et appliquées dans le nouveau Code (voir *infra*).

Dans un souci économique, l'acheteur devrait donc limiter l'amplitude entre le minimum et le maximum ; de même, la possibilité de refus de reconduction par le prestataire devrait être autorisée dès lors qu'un tel refus ne met pas en péril le fonctionnement du service acheteur ou l'exercice de ses missions, qu'il permet un délai suffisant pour une redéfinition des besoins et la passation d'un nouveau marché. Un bon de commande pouvant être émis jusqu'au dernier jour du marché, son délai d'exécution, conjugué au délai de décision de reconduction prévu au marché, doit permettre la passation d'un nouveau marché sans interruption de service.

> **Il revient à l'acheteur d'utiliser avec discernement la souplesse qui lui est offerte, et de ne pas sombrer dans le « confort administratif » qui lui confère une sécurité absolue (en apparence) en l'échange d'une incertitude ingérable pour le fournisseur. Une bonne définition du volume des besoins permettra de définir un minimum et un maximum, et d'en mesurer l'écart au plus juste, c'est-à-dire avec une amplitude raisonnable. Les marchés sans minimum ni maximum, qui occasionnent une grande incertitude pour le fournisseur et donc un coût pour l'acheteur, ne devront être utilisés que dans des cas qui le justifient réellement. La souplesse apportée par la réglementation ne saurait être interprétée comme un alibi donné à l'acheteur pour ne pas définir son besoin. De même, l'acheteur public ne doit pas hésiter à prévoir des dispositions permettant au titulaire de refuser la reconduction du marché : des modifications économiques ou techniques de l'environnement ou des prestations**

objet du marché peuvent remettre en question la viabilité de celui-ci pour l'entreprise. Pour l'acheteur, il est préférable de passer un nouveau marché, même si c'est au prix de délais et de solutions transitoires délicates, plutôt que d'avoir un fournisseur défaillant et d'inévitables contentieux.

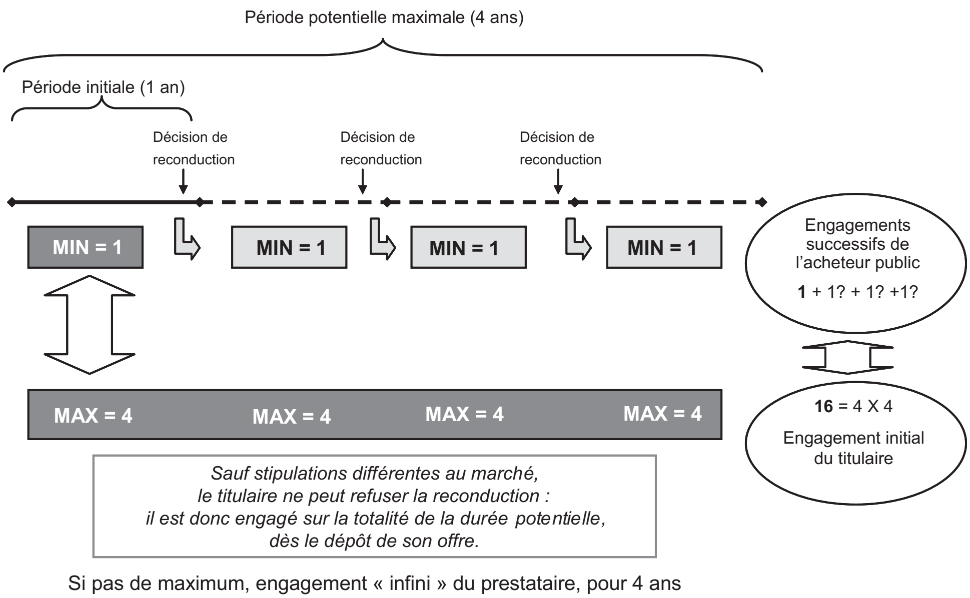


Figure 3.2 Les marchés à bons de commande reconductibles et leurs effets pervers

« Pour les marchés à bons de commande, le Code des marchés publics oblige, sauf exceptions dûment justifiées, à la fixation d'un minimum et d'un maximum en valeur ou en quantité. Le montant maximum ne peut être supérieur à quatre fois le minimum[13], étant observé que ce rapport de un à quatre doit résulter d'une définition effective et préalable des besoins : il incombe donc à la personne responsable du marché de calculer cet écart de façon réaliste, en fonction des besoins estimés, et

13. Avec le Code 2006, cette obligation n'existe plus, l'acheteur n'étant plus tenu à un écart maximum entre le mini et le maxi de son marché, si seulement celui-ci en comporte. L'observation de la CMPE (alors CSM) reste cependant tout à fait pertinente, *a fortiori* dans le nouveau contexte actuel : l'acheteur doit arbitrer entre son « confort administratif » et l'exigence d'« efficacité de la commande publique ».

> **de le justifier dans le rapport de présentation, la latitude laissée à l'acheteur dans le cadre des marchés à bons de commande ne favorisant pas toujours l'efficacité de la commande publique. »**

Commissions spécialisées des marchés, rapports d'activité 2002 (II.1)

Les prestations commandées n'atteignent pas le minimum du marché

Le contrat peut prévoir une indemnisation, c'est le cas si l'on a fait référence au CCAG Travaux : « Dans le cas d'un marché à commandes, l'entrepreneur a droit à être indemnisé du préjudice éventuellement subi lorsque le montant minimal de travaux spécifié n'est pas exécuté. » (CCAG Travaux, art. 16.2).

La jurisprudence du Conseil d'État, en référence au CCAG Travaux, impose l'indemnisation du prestataire, sur la base de la perte de la marge bénéficiaire sur les prestations contractuelles non effectuées. Le montant de l'indemnisation sera évalué par une transaction.

« Considérant qu'il résulte de l'instruction et notamment du rapport de l'expert commis par les premiers juges que le préjudice subi par la société Dani du fait de l'insuffisance des travaux commandés en 1983 a consisté dans la perte de la marge bénéficiaire qu'aurait dégagée en l'espèce l'exécution du montant minimal des travaux prévu au marché ; que, compte tenu de la différence entre ce montant et celui des travaux, effectivement exécutés, ce préjudice doit être évalué à 24 178 F ; qu'il n'est, en revanche, pas établi que le gérant de la société aurait personnellement contribué à l'exécution des travaux prévus au marché dans des conditions permettant de regarder une part de sa rémunération comme une charge qu'aurait couverte le règlement desdits travaux ; qu'il n'y a, dès lors, pas lieu de faire entrer, dans le calcul du préjudice subi par la société, une fraction de la rémunération du gérant pendant l'année 1983. »

Conseil d'État, ville d'Antibes c/SARL Dani, n° 80.827, 91.344

La doctrine de la Commission spécialisée des marchés allait beaucoup plus loin, dans le cadre d'une résiliation intervenant avant d'avoir commandé à hauteur du minimum, en écrivant que « […] pour les marchés à bons de commande, l'administration est engagée sur le montant minimum. Celui-ci doit donc être intégralement versé en cas de résiliation. L'attribution d'une simple indemnité calculée en pourcentage de la partie restant à exécuter n'est pas acceptable ».

CSM actualité, Commissions spécialisées des marchés, n° 2, 2e trimestre 2002

S'agissant d'une indemnisation pour préjudice subi, on ne peut à l'avance préjuger que le montant du préjudice atteigne systématiquement le montant différentiel entre les commandes passées et le montant « minimum » du marché. C'est pourquoi cette position de la CSM nous paraît peu prudente. Le préjudice indemnisable sera calculé au cas par cas dans la demande présentée par le titulaire ; il ne pourra comprendre le coût de fournitures non utilisées mais prendra en compte les personnels et les outils immobilisés, la perte de chance et le manque à gagner commercial. Concernant l'acheteur, ce type de situation ne doit jamais se rencontrer si l'analyse du besoin a été correctement menée. La non atteinte du minimum d'un marché à bons de commande témoigne, à de rarissimes exceptions près, d'un manque de professionnalisme de l'acheteur public.

> « La définition des besoins est parfois insuffisante (…). Ainsi, l'expression des besoins pour des marchés centralisés de fourniture d'équipements ne devrait pas se borner à l'indication des montants mini et maxi définis dans une fourchette très large, et porter comme seule précision complémentaire le nombre global de sites et de personnes soutenues. En effet, des informations sur le parc existant à remplacer (nombre et localisation) sont indispensables dans cette situation pour permettre aux candidats de mieux apprécier l'étendue de leur engagement, et d'autant plus nécessaires que les marchés de fournitures concernés comportent le plus souvent une part de services logistiques très importante (livraison, installation, maintenance à temps).

Commission des marchés publics de l'État, rapport d'activité 2005 (III.A-3)

■ *Les marchés à tranches conditionnelles*

Les marchés à tranches conditionnelles sont une autre forme de marchés fractionnés. Ils permettent de prendre en compte, notamment, des incertitudes liées à une décision, ou bien à un événement extérieur attendu, ou encore à l'exécution des premières tranches.

Article 72 du nouveau Code des marchés publics

Le pouvoir adjudicateur peut passer un marché sous la forme d'un marché à tranches conditionnelles.

Le marché à tranches conditionnelles comporte une tranche ferme et une ou plusieurs tranches conditionnelles. Le marché définit la consistance, le prix ou ses modalités de détermination et les modalités d'exécution des prestations de chaque tranche. Les prestations de la tranche ferme doivent constituer un ensemble cohérent ; il en est de même des prestations de chaque tranche conditionnelle, compte tenu de toutes les tranches antérieures. L'exécution de chaque tranche conditionnelle est subordonnée à une décision du pouvoir adjudicateur, notifiée au titulaire dans les conditions fixées au marché. Lorsqu'une tranche conditionnelle est affermie avec retard ou n'est pas affermie, le titulaire peut bénéficier, si le marché le prévoit et dans les conditions qu'il définit, d'une indemnité d'attente ou d'une indemnité de dédit.

Il s'agit d'une forme de marché qui permet de tenir compte d'incertitudes circonscrites devant être levées ultérieurement. La réglementation précise que chaque tranche doit correspondre à un « ensemble cohérent » : cela signifie que si la ou les tranches ultérieures ne sont pas affermies, la prestation réalisée présente une

utilité indépendamment des travaux abandonnés. En effet, un découpage artificiel selon une logique purement budgétaire, aurait pour résultat un parking inaccessible (la bretelle d'accès était conditionnelle) ou encore un pont s'arrêtant au milieu de la rivière (le budget n'était disponible que pour la moitié de l'ouvrage…).

> […] « Il a été rappelé que la régulation des autorisations de programme ne suffit pas à elle seule à justifier le recours au marché à tranches conditionnelles et à assurer la cohérence des tranches ».

CSM actualité, Commissions spécialisées des marchés, CSM/bâtiment et génie civil, n° 3, 3e trimestre 2002

> « Les marchés à tranches doivent prévoir les délais d'exécution de chacune des tranches et les modalités de leur notification. Lorsqu'une tranche conditionnelle est affermie avec retard ou n'est pas affermie, le titulaire peut bénéficier, si le marché l'a prévu, d'une indemnité d'attente ou de dédit. Il ne paraît pas opportun toutefois de laisser à chaque candidat l'initiative d'en proposer lui-même le montant, car ceci peut rendre difficile la comparaison des offres entre elles. À tout le moins, le règlement de la consultation doit préciser la façon dont chaque proposition sera évaluée. »

CMPE, rapport d'activité 2005, (II.B.1)

Contrairement aux marchés à bons de commande reconductibles, est prévue la possibilité d'indemniser le titulaire en cas de retard de décision d'affermissement (indemnités d'attente) ou bien en cas de non-affermissement (indemnités de dédit).

> La tentation de ne prévoir ni clauses de dédit, ni clauses d'indemnisation en cas de retard d'affermissement, peut avoir des conséquences néfastes. En effet, le risque représenté par l'incertitude, non rémunérée, peut dissuader les entreprises de répondre et restreindre la concurrence jusqu'à l'infructuosité de la procédure ou bien les inciter à proposer des prix plus élevés.
>
> « La Commission recommande souvent aux acheteurs de prévoir des indemnités de dédit, d'un montant significatif, en cas de non-affermissement des tranches conditionnelles, car des tranches conditionnelles sans clause de dédit n'incitent pas les entreprises à proposer des prix qui tiennent compte de l'effet de série et permettent d'amortir un investissement.

> L'industriel sait que l'administration, si elle souhaite étaler son programme et même le supprimer, pourra se dégager sans aucune pénalité financière. Il est donc incité à ajouter à son prix normal une prime de risque. »

CMPE, Commission des marchés publics de l'État, rapport d'activité 2005, (II.B.1)

Peut-on combiner les deux formes de marché, à bons de commande (maintenant marchés cadres) et à tranches conditionnelles ? Une telle configuration n'est pas fréquente mais peut trouver une utilité réelle, à condition de bien la formaliser.

> « La combinaison des deux formes de marchés n'est pas interdite par le Code mais doit néanmoins être justifiée dans le rapport de présentation.
>
> Il peut s'agir alors :
>
> – de marchés dont toutes les tranches sont à bons de commande ;
>
> – de marchés comportant des tranches à prix forfaitaire et des tranches à bons de commande ;
>
> – de marchés à tranches conditionnelles comportant chacune une partie à bons de commande. »

Commissions spécialisées des marchés, rapport annuel 2002 (II.2)

3.1.3 La forme et le type du prix

Le prix rémunère le prestataire, il est payé par des deniers publics. Ces évidences visent à rappeler que la notion de prix est essentielle dans un contrat en général, un marché public en particulier. Le prix doit être une juste rémunération, proportionnée aux prestations demandées. La forme et le type du prix ont une incidence directe sur la concurrence.

Sauf exception des prix provisoires[14], le prix initial est considéré comme définitif : cela signifie que la règle étant posée au départ, on ne pourra y déroger par la suite. Ainsi, un avenant portant sur la forme ou le type du prix est irrégulier, car il modifie les conditions initiales de mise en concurrence, sauf lorsqu'il s'agit d'introduire

14. Article 19 du nouveau Code des marchés publics.

un nouvel indice ou index en substitution de la référence initiale qui aurait entre-temps cessé de paraître.

– En règle générale, le montant initial du marché consiste en « l'évaluation de la dépense établie, aux conditions économiques initiales, à partir des prix TTC du marché »[15] ;
– concernant les marchés à bons de commande, il s'agit du « montant minimum et [du] montant maximum, arrêtés en valeur ou en quantité, des prestations susceptibles d'être commandées, pendant la durée de validité du marché »[16] ;
– le prix effectivement payé est le montant de règlement : « Le montant de règlement diffère du montant initial dès lors que les prix ont évolué au cours de l'exécution du marché, que les quantités livrées ont été différentes des quantités prévues, ou enfin que les paiements ont été modifiés par le jeu des primes, des indemnités, des réfactions, des pénalités de retard ou des intérêts moratoires. »[17]

Les prix peuvent être unitaires ou forfaitaires. Ils sont détaillés au moyen d'une décomposition de prix forfaitaires et, le cas échéant, de sous-détail de prix unitaires, annexés à l'acte d'engagement du marché.

– prix unitaire : prix à l'unité d'une prestation déterminée ; il peut se présenter comme un forfait à l'unité. Le prix de règlement est fonction des quantités réellement exécutées sur la base d'un bordereau de prix unitaires annexé à l'acte d'engagement du marché.

Exemple de prix unitaires : (m, ml posé, m², kg, fourniture à la pièce, produit par conditionnement de X, intervention type…). L'exemple décrit plus haut, concernant la pose de menuiseries bâtiment, montre qu'un prix unitaire peut lui-même représenter un forfait, pour un certain nombre de produits et d'actions.

– Prix forfaitaire : rémunère le prestataire pour une prestation ou un ensemble de prestations, indépendamment des quantités

15. Circulaire du 5 octobre 1987 relative aux prix dans les marchés publics. Dans la pratique, on considère le montant HT auquel on rajoute ensuite la TVA au taux applicable en vigueur.
16. *ibid*
17. *ibid*

mises en œuvre pour leur réalisation. Il apparaît sur l'acte d'engagement du marché.

Exemple de la décomposition d'un prix forfaitaire, travaux

Annexe à l'acte d'engagement

Décomposition d'un prix global et forfaitaire

Fascicule dispositions générales

Références CCTP	Désignation des prestations	Montant ht en €
ART 09	Nettoyage et protection des ouvrages	2 172,00
ART 10	Bureaux de chantier	1 160,00
ART 11	Installations et conditions particulières de chantier	2 372,00

Section technique n° 1 – Menuiseries bois

Références CCTP	Désignation des prestations	Montant ht en €
ART 1.3	Déposes	1 478,00
ART 3.1	Ensemble menuisés	7 297,00
ART 3.2	Ferrures	5 723,00
ART 3.3.1	Vitrages	1 555,00
ART 3.3.2	Calfeutrement extérieur	6 280,00
ART 3.3.3	Jointoiement	5 406,00
ART 3.3.4	Survitrage	648,00

Section technique n° 2 – Peinture

Références CCTP	Désignation des prestations	Montant ht en €
ART 06	Peinture S1	823,00
ART 06	Peinture S2	89,00
ART 06	Peinture S3	10 550,00

Montant total ht du marché (euros)	**45 553,00**
TVA au taux de 19,6 %	8 928,39
Montant total du marché TTC	54 481,39

Exemple de bordereau des prix unitaires, fournitures chaîne graphique

Bordereau de prix

Cahiers 8 pages

Prix hors taxes en euros

Caractéristiques techniques
Format plie 21 x 29,7 cm assemblés
Papier couché brillant – couché mat
90 gr.

Désignation								
	100	**500**	**1 000**	**5 000**	**10 000**	**+ 10**	**+ 100**	**+ 1 000**
Impression 1 couleur recto/verso								
Impression 2 couleurs recto/verso								
Impression 4 couleurs recto/verso								
Façonnage piques métal								

Le montant du bon de commande sera établi à partir des prix unitaires indiqués dans le bordereau de prix.

Observations	Cachet et signature de la société

Le marché peut prévoir des variations économiques du prix : on parlera alors de prix variables (*cf.* figure 3.3). Cette détermination se fera selon les critères suivants :

- nature de la prestation achetée ;
- durée du contrat ;
- fluctuations économiques potentielles pendant la durée du marché.

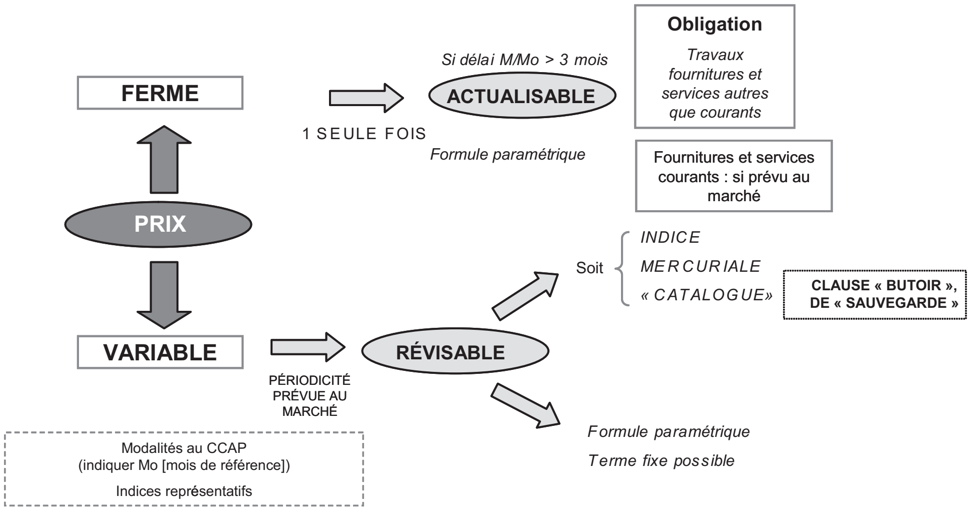


Figure 3.3 Les différents types de prix

On choisira un prix variable en fonction de la durée du marché (généralement supérieure à un an ou reconductible) et de la nature du produit ou de la prestation. Un prix ferme pourra être lui-même actualisable, afin de tenir compte de l'évolution de la situation économique entre le dépôt des offres et le début d'exécution des prestations, délai qui peut être important : par exemple, dans un marché de travaux alloti, le peintre commencera à travailler plusieurs mois après le maçon.

Le prix révisable, lorsqu'il concerne des prestations non spécifiques, utilise généralement un indice représentatif, ou des mercuriales de prix (produits frais), ou encore le catalogue du fournisseur (dès lors que ce catalogue est général pour tous ses clients et non spécifique à l'acheteur public ; celui-ci a tout intérêt à assortir la révision d'une clause butoir, limitant contractuellement l'amplitude des variations à venir, voire d'une clause de sauvegarde, permettant une résiliation contractuelle sans indemnité en cas de dépassement d'un seuil défini à l'avance). Pour des prestations spécifiques ou des travaux, la révision consistera en l'élaboration d'une formule paramétrique faisant ressortir les différents coûts constitutifs de la prestation, utilisant des indices spécifiques à chacun, ou le choix d'un index représentatif du type de travaux (index BT pour le bâtiment et TP pour les travaux publics).

Le choix d'un prix révisable[18], ainsi que la composition d'une formule de révision et le choix des indices de référence ont un impact direct sur la concurrence. En effet, un prix ferme pour un marché portant sur des prestations soumises à des variations économiques sensibles aurait toute chance d'être infructueux, ou bien de générer un surcoût au départ, appliqué par tous les candidats, lissant une évolution prévisible du coût de la prestation sur la période. Le choix d'un (ou plusieurs) indice(s) non approprié(s), avantageant particulièrement un prestataire, pourrait être considéré comme faisant obstacle à la liberté d'accès à la commande publique, éventuellement constitutif du délit de favoritisme.

Le « terme fixe »

La réglementation prévoit la simple possibilité (et non plus l'obligation, depuis le Code 2006) d'introduire un « terme fixe » dans la formule de révision de prix (art.18-IV du nouveau CMP). Ce « terme fixe » correspond en fait à une fraction du prix qui ne sera pas soumise à variation, qui restera donc fixe pendant toute la durée du marché. Ce procédé a pour raison la prise en compte des gains de productivité réalisés par l'entreprise dans la durée au cours de l'exécution du marché, et pour effet de minorer les résultats arithmétiques de l'application de la formule de révision. La réglementation précédente (Code 2004 et décret n° 2001-738 du 23 août 2001) imposait un terme fixe d'au moins 12,5 % du montant initial du marché. Le Code 2006 ne l'impose plus et laisse liberté à l'acheteur public (ou à la négociation, voir *infra)* de prévoir un terme fixe et d'en déterminer le montant.

Exemple 1 : révision de prix, marché de publications

Dans ce type de prestation, on peut raisonnablement estimer la répartition des coûts comme suit :

- papier pour publications, 25 % ;
- travaux de reliure, brochure, finition, 25 % ;
- travaux de composition et photogravure, 15 % ;
- divers, frais généraux, salaires, 35 %.

18. Article 18 du Code des marchés publics.

Compte tenu de la prestation faisant appel à des techniques diverses, on choisira une formule de révision :

P = Po [0,125 + 0,875 (0,25PC/PCo + 0,25 T/To
+ 0,15 C/Co + 0,35 FSD3/FSD3o)]

PC
Intitulé : Indices de prix à la production – Production française commercialisée sur le marché français, dans l'industrie – Nomenclature CPF – Papiers de presse.
Identifiant : 085015042

T
Intitulé : Indices de prix à la production – Production française commercialisée sur le marché français, dans l'industrie – Nomenclature CPF – Travaux de reliure, brochure, finition.
Identifiant : 085038886

C
Intitulé : Indices de prix à la production – Production française commercialisée sur le marché français, dans l'industrie – Nomenclature CPF – Composition et photogravure.
Identifiant : 085038987

FSD3
Frais et services divers – modèle de référence n° 3.
Origine : DGCCRF – INSEE (communiqué paru au BOCCRF du 30 septembre 2004).
Composition : troisième modèle proposé en remplacement de l'indice PSD D, composé de :

– 43 % de l'indice EBIQ (correspondant à l'indice de prix à la production dans l'industrie « Ensemble énergie, biens intermédiaires, biens équipements » de l'INSEE) Code : 00-03-00 ;
– 47 % de l'indice TCH (correspondant à l'indice de prix à la consommation « Transport, communications et hôtellerie » de l'INSEE) Code : 4566E
  10 % de l'indice ICC (correspondant à l'indice du « coût de la construction » de l'INSEE) Code : INS.

Exemple 2 : marché de travaux

Un marché de travaux de rénovation des sanitaires d'une école

S'agissant d'un marché de rénovation « sanitaires », l'indice BT38 convient à cette prestation. Cet indice étant un « index », donc « composite », il intègre d'emblée les divers coûts concourant à la prestation.

L'acheteur souhaite intégrer un terme fixe de 12,5 % afin de limiter les effets des hausses potentielles de l'index sur le prix.

La formule de révision sera donc :

$$P = Po\ (0{,}125 + 0{,}875BT38/BT38o)$$

BT38
Index « Plomberie sanitaires » (y compris appareils)
Origine : Fédération française du bâtiment (FFB) et ministère de l'Équipement (DAEI).
Composition : Salaires et charges 42 %, matériel 3 %, transports 3 %, frais divers 12 %. Plomberie sanitaire 40 % (tuyaux fonte 3 %, tuyaux PVC 4 %, tubes cuivre 7 %, tubes acier 3 %, céramique 8 %, robinetterie 11 %, acier émaillé 4 %).

Base 100 : janvier 1974

On notera qu'il existe de nombreux index BT (bâtiment) et TP (travaux publics) : il appartient à l'acheteur de déterminer l'index le plus adapté à la prestation commandée (aux différents lots, juridiques ou techniques), sans céder à la facilité d'un indice BT01 ou TP01 systématique (index tous corps de métier), index ayant des fins premières statistiques et peu représentatives des métiers pris indépendamment.

Clause butoir, clause de sauvegarde

Ces clauses contractuelles seront prévues en cas de prix ajustables sur la référence du catalogue du fournisseur.
« Clause de butoir :
Il est d'abord possible de prévoir dans le marché que l'évolution du prix de la prestation, telle qu'elle résultera du barème du titulaire, sera limitée par la référence à un indice statistique relatif à des prestations d'une nature analogue ou, à défaut, par le jeu d'une formule paramétrique, le prix de règlement sera alors le plus faible des deux prix résultant respectivement de l'application du barème et de celle du terme de comparaison […]
La clause de butoir offre l'avantage de permettre la poursuite de l'exécution du contrat et d'éviter toute contestation. Elle est particulièrement indiquée lorsque la prestation commandée n'entre pas dans un large champ de vente auprès de la clientèle privée. »
« Clauses de sauvegarde :
Il se peut cependant que l'acheteur estime que la hausse des prix, même limitée par le butoir défini ci-dessus, risque de l'entraîner au-delà de ses possibilités budgétaires. Il aura alors intérêt à prévoir une clause de sauvegarde lui donnant la possibilité contractuelle de résilier sans indemnité la partie non exécutée des prestations dès que le nouveau prix dépassera d'un pourcentage à fixer dans le marché, le prix résultant des conditions initiales. Une telle disposition ne constitue pas une dérogation, mais un additif à celles qui sont prévues au cahier des clauses administratives générales au titre de la résiliation du fait de l'administration.

Il peut arriver également que, pendant la durée d'exécution du marché, le barème pratiqué par le titulaire ne soit plus compétitif avec des entreprises concurrentes. L'acheteur peut pallier cette difficulté par l'introduction dans le marché d'une clause de sauvegarde prévoyant que le titulaire s'engage à lui notifier son nouveau barème avec un mois de préavis, l'acheteur se réservant le droit de rejeter et de résilier sans indemnité la partie non exécutée des prestations. »

Circulaire du 5 octobre 1987 relative à la détermination des prix initiaux et des prix de règlement dans les marchés publics, JO du 24 octobre 1987

3.1.4 Les conditions d'exécution

Les conditions d'exécution du marché représentent les obligations contractuelles imposées au prestataire. Toute offre ne satisfaisant pas ces conditions doit être considérée comme non conforme et, par suite, rejetée. Ces conditions sont avant tout techniques ; elles correspondent aux exigences minima, chiffrées ou non, telles qu'elles sont apparues lors de la phase finale de définition du besoin, dans le cahier des charges fonctionnel. Leur définition doit être précise et adaptée à la finalité recherchée par l'objet du marché. Des conditions trop faibles conduisent à une mauvaise réalisation des prestations, des conditions excessives provoquent une majoration des prix. Une bonne analyse fonctionnelle du besoin permet de définir des exigences précises, motivées et adaptées.

Par ailleurs, le nouveau Code permet d'introduire des conditions particulières.

Ces dispositions, qui procèdent d'une volonté politique d'inspiration keynésienne d'utiliser le levier de la commande publique dans le domaine social et environnemental, sont toutefois délicates d'utilisation dans la réalité, en particulier dans le domaine social. En effet, l'acheteur doit les édicter dans la certitude de ne pas induire des effets discriminatoires, sanctionnés par la jurisprudence.

Article 14 du nouveau Code des marchés publics

Les conditions d'exécution d'un marché ou d'un accord-cadre peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable en conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social.

Ces conditions d'exécution ne peuvent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels. Elles sont indiquées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.

Les aspects sociaux des marchés publics

Mme Élisabeth Dufourg, Inspecteur général des affaires sociales, a remis un « rapport préliminaire sur la prise en compte des exigences et des critères sociaux dans les marchés publics » (n° 2005 065, mai 2005)[19]. Ce document fait un point exhaustif de la réglementation et de la jurisprudence européenne et nationale dans ce domaine. Il donne un certain nombre de propositions, à partir de la confrontation de points de vue de représentants des entreprises candidates, d'acheteurs publics, d'organismes de contrôle, de l'IGAS (Inspection générale des affaires sociales) et de la DAJ/MINEFI (Direction des affaires juridiques du ministère des Finances). Ainsi, pour les entreprises, « le contexte concurrentiel international oblige à rappeler publiquement, voire à préciser les règles du droit du travail français ». La référence explicite dans les cahiers des charges à l'application du droit du travail français, pour le marché comme pour les contrats de sous-traitance, doit permettre de « prévenir le risque de dumping social dans la compétition à l'achat public ». L'obligation d'emploi de personnes en difficultés, « obligation civique » pour le représentant des collectivités territoriales, ne doit pas, selon les branches d'activités professionnelles, faire obstacle à « la bonne exécution technique des marchés ». Le rapport souligne des expériences réussies dans ce domaine, en particulier certains marchés de services passés par la RATP, qui ont permis « l'insertion réussie de personnes éloignées de l'emploi ».

Ce rapport servira de base à la publication ultérieure d'un guide du Groupe permanent d'étude des marchés (GPEM) sur ce sujet.

3.1.5 Les variantes

Les variantes doivent permettre à l'acheteur public de profiter du savoir-faire des entreprises, en faisant appel à leur créativité. Les allers-retours de la réglementation, au cours des réformes successives, appliquent le principe du balancier. La réforme 2006 n'a pas

19. http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/054000684/index.shtml.

failli à la règle, préconisant des dispositions rigoureusement inverses de celles prévues par le Code précédent : maintenant, les variantes sont interdites, sauf si elles sont expressément autorisées…

Article 50 du nouveau Code des marchés publics

Lorsque le pouvoir adjudicateur se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, il peut autoriser les candidats à présenter des variantes.

Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation s'il autorise ou non les variantes ; à défaut d'indications, les variantes ne sont pas admises.

Les documents de la consultation mentionnent les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités de leur présentation. Seules les variantes répondant à ces exigences peuvent être prises en considération.

Les variantes doivent être proposées avec l'offre de base.

Pour les marchés de fournitures et de services, une variante ne peut être rejetée pour la seule raison qu'elle aboutirait, si elle était retenue, respectivement soit à un marché de services au lieu d'un marché de fournitures, soit à un marché de fournitures au lieu d'un marché de services.

Le CdCF, en particulier dans sa définition des exigences minimales avec la flexibilité assortie, indique les points qui ne peuvent faire l'objet de variante (flexibilité « 0 », voir *supra* § 2.2.1, exemple figure 1.2.2). Le règlement de consultation reprendra les points susceptibles de variantes. L'intérêt d'une variante est, par exemple, de pouvoir profiter d'une meilleure prestation à prix équivalent.

Variantes et options

Les variantes sont explicitement prévues par la réglementation. Elles traduisent une initiative des candidats.

Les options, demandées par la personne publique dans le cahier des charges, font partie de l'offre, les candidats doivent obligatoirement y répondre. La pratique des options n'est pas explicitement prévue dans le Code des marchés publics : cette politique doit être utilisée avec précaution et modération, afin de ne pas fragiliser la procédure par une définition du besoin pouvant être qualifiée d'insuffisante.

« La possibilité de proposer des variantes est ouverte par l'article 50 du Code des marchés publics[20]. Il s'agit de modifications,

20. Il s'agissait alors du décret du 7 mars 2001.

proposées par les candidats, de certaines spécifications décrites dans le cahier des charges et qui sont susceptibles de conduire à des propositions financières plus intéressantes ou à des propositions techniques plus performantes. Sauf dispositions contraires prévues dans le règlement de la consultation, les entreprises ont toute latitude pour proposer des variantes, leur interdiction devant être dûment justifiée. Il est parfois opportun de bien préciser les domaines sur lesquels des variantes sont souhaitées de façon à faciliter le jugement des offres.

Les options, non prévues formellement par le Code, sont des prestations complémentaires demandées par la personne responsable du marché. Elles doivent être limitées, de façon à ne pas fausser le jeu de la concurrence.

En tout état de cause, il convient de bien préciser dans le règlement de la consultation les modalités de jugement des variantes et des options. »

CSM Actualité, Commissions spécialisées des marchés, n° 5, 1er trimestre 2003

« Les options constituent des prestations complémentaires, demandées par l'acheteur, figurant au cahier des charges, et susceptibles d'être éventuellement réalisées, selon les résultats financiers de la consultation. N'étant formellement ni prévues par le Code des marchés publics ni par la directive européenne, elles sont acceptables si leur mise en œuvre ne fausse pas le jeu de la concurrence.

Il faut que les modalités de jugement des offres de variantes et des options figurent de façon claire dans le règlement de la consultation. Afin de pouvoir juger successivement, comme l'impose l'article 53-V du CMP, les offres pour la solution de base et celles pour les variantes, il convient de demander aux candidats, dans le règlement de la consultation, de fournir un acte d'engagement pour la solution de base et pour chacune des variantes. »

CMPE, rapport d'activité 2005, (II.B.3)

On notera par ailleurs l'interprétation donnée récemment par le juge administratif français de la notion d'option, qui, en la précisant, remet partiellement en cause l'interprétation qui avait cours jusqu'à présent, exprimée par la doctrine citée plus

haut : « achats ou travaux susceptibles d'être effectués dans le cadre d'éventuelles reconductions du marché, d'avenants ou de marchés complémentaires conclus sans nouvelle mise en concurrence ». Il est donc recommandé aux acheteurs d'éviter les options telles qu'on les concevait auparavant, et de renseigner la case « options » des avis de publicité européens afin de préserver la validité des éventuels avenants qu'ils auraient à prendre sur le marché.

CE 15 juin 2007, n° 299391, ministre de la Défense[21]

3.2 La préparation du dossier de consultation

Le dossier de consultation comporte plusieurs pièces. Il peut être très allégé dans le cas des procédures dites « adaptées » (article 28 du nouveau Code et services ressortissant de l'article 30 du nouveau Code). En règle générale, il comporte les pièces suivantes :

- l'avis de publicité, dont le formalisme et l'emploi sont détaillés dans le Code et des arrêtés d'application, voire règlements européens ;
- l'acte d'engagement et ses annexes : pré-renseigné, il est ensuite complété et signé par chaque candidat présentant une offre ;
- le règlement de la consultation, qui explicite la « règle du jeu » de la consultation ;
- les cahiers des charges particuliers au marché (CCAP, CCTP et annexes diverses : plans, études).

3.2.1 L'avis de publicité

L'avis de publicité est une pièce essentielle de la procédure. De nombreux contentieux ayant conduit à une annulation proviennent d'irrégularités présentes dans ce document. Il apparaît donc évident qu'au moment de l'envoi de l'avis de publicité, quelle que soit la procédure, il est indispensable que le dossier de consultation soit finalisé, le besoin arrêté et les critères de choix parfaitement définis.

21. Jurisprudence commentée par Dominique Fausser dans e-RJCP N° 22 et mentionnée dans l'AJDA N° 23/2007 page 1212.

Les obligations de publicité sont définies dans les articles 39 (préinformation) et 40 (publicité) du nouveau Code des marchés publics.

Le contenu de l'avis de publicité est détaillé par arrêté.

En cas de publicité européenne, l'avis national ne doit pas comporter davantage d'informations que l'avis communautaire.

> « Les commissions ont relevé des insuffisances dans les avis d'appel public à la concurrence : absence de la mention de la couverture du marché par l'accord AMP, des modalités de financement et de paiement jugées substantielles par le Conseil d'État, imprécision de l'objet du marché, de l'allotissement, absence des critères de classement des candidatures dont la mention est rendue obligatoire par l'article 52 du CMP. »

CSM Actualité, Commissions spécialisées des marchés, n° 9, 1er trimestre 2004

Les oublis, irrégularités ou imprécisions dans l'avis de publicité sont à l'origine de nombreux contentieux et de presque aussi nombreuses annulations de procédure.

> **Publicité des marchés passés selon la procédure adaptée et information des candidats sur les critères de choix**
>
> Dans un arrêt « Syndicat intercommunal pour le développement du Sud », du 31 janvier 2006, le Tribunal administratif de Mamoudzou (Mayotte) a sanctionné une procédure, entre autres raisons pour le fait que ni la publicité du marché ni un autre document ne précisaient les conditions de choix des candidatures et des offres : « Considérant, en second lieu, que le Syndicat n'a pas, dès le stade initial de la procédure adaptée, porté à la connaissance des candidats, notamment dans l'avis d'appel public à la concurrence, les critères de sélection des offres selon les modalités appropriées à la nature et au montant du marché à passer ; que l'énoncé des renseignements requis des candidats ne saurait être regardé comme valant définition des critères de sélection des offres ; que dès lors, le Syndicat de développement du sud de Mayotte a méconnu le principe général de transparence des procédures de passation du marché. »

Arrêt commenté par Me Hervé Letellier, www.achatpublic.com, 3 juillet 2006

> De même, dans un arrêt « association Pacte », n° 03VE04081 du 6 décembre 2005, la Cour administrative de Versailles avait

rappelé l'obligation de transparence incombant au pouvoir adjudicateur, à l'occasion de la passation d'un marché de services ressortissant de l'article 30 du Code des marchés publics : « Considérant que l'obligation de transparence rappelée à l'article 1er du Code des marchés publics, qui incombe à la personne responsable du marché, consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché à la concurrence et le contrôle de l'impartialité de la procédure d'attribution du marché ; qu'à ce dernier titre, la personne responsable du marché doit, dès l'engagement de la procédure prévue à l'article 30 précité, informer de manière appropriée les candidats des critères d'attribution du marché » (…) « l'ANPE n'a pas, dès l'engagement de la procédure, porté à la connaissance des candidats, notamment dans l'appel public à la concurrence ou dans les cahiers des charges tenus à leur disposition, les critères d'attribution des habilitations, selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et aux montants des marchés qu'elle se proposait de conclure ; que dès lors, l'association Pacte est fondée à soutenir que l'ANPE a méconnu le principe de transparence énoncé par l'article 1er du Code des marchés publics (…) ».

Enfin, dans un jugement « SA Natexis Intertitres » n° 0463652 du 5 juillet 2006, le juge du Tribunal administratif de Melun a considéré que pour un marché à procédure adaptée (art. 28 du Code des marchés publics), la personne publique doit définir et faire connaître ses critères de choix. En l'espèce, pour la fourniture à une vingtaine d'agents de titres-restaurant pour une durée d'un an renouvelable, si la régie avait défini ses critères, elle ne les avait pas fait connaître ni mentionné dans l'avis d'appel public à concurrence. Le tribunal a donc annulé la décision d'attribution du marché pour méconnaissance des exigences de transparence et de mise en concurrence.

3.2.2 L'acte d'engagement et ses annexes

C'est le document essentiel du marché. À ce stade de la procédure, il est simplement pré-renseigné. Par son intermédiaire, l'entreprise présente son offre et adhère aux clauses que la personne publique a

rédigées. Il est remis avec l'offre et doit être signé d'une personne compétente sous peine de nullité de l'offre. C'est en effet la pièce qui formalise l'engagement du candidat.

Il est ensuite signé par l'autorité délégataire, pour le seul attributaire du marché.

Lors de cette phase, l'acheteur va préparer les cadres de réponse des prix (tableau 3.1) :

– le bordereau des prix unitaires et, le cas échéant, le sous-détail des prix unitaires en cas de prix unitaires ;
– la décomposition du prix global forfaitaire en cas de prix forfaitaires.

Tableau 3.1 L'acte d'engagement et le prix

	Acte d'engagement	Annexe à l'acte d'engagement	Observations
Prix forfaitaire	Montant initial	Décomposition du prix forfaitaire (DPGF)	En cas d'erreur matérielle ou de discordance, c'est le montant sur l'acte d'engagement qui fait foi.
Prix unitaire	Montant initial estimatif	Bordereau des prix unitaires (BPU)	En cas d'erreur matérielle ou de discordance, ce sont les prix unitaires du BPU qui font foi[22].

Ces annexes permettront de faciliter la comparaison des postes prix entre les différentes offres et de détecter des postes sous ou surévalués.

En cas d'allotissement, la forme de l'acte d'engagement doit permettre de comparer les offres lot par lot. De plus, il doit être possible de regrouper plusieurs lots sur un même acte d'engagement, en cas d'attribution à un même candidat (voir *supra* § 3.1.1).

22. Le formulaire d'acte d'engagement DC8 prévoit de spécifier la somme en toutes lettres.

Il est donc souhaitable de préciser, dans le règlement de la consultation, qu'en cas de réponse à plusieurs lots, le prestataire remplira un seul acte d'engagement, auquel il joindra une annexe distincte par lot auquel il répond[23]. L'autorité habilitée à signer le marché reportera le ou les lots effectivement attribués sur l'acte d'engagement, avec la possibilité si elle le souhaite, de les regrouper en un seul.

Article 10 du Code des marchés publics

Si plusieurs lots sont attribués à un même titulaire, il est toutefois possible de ne signer avec ce titulaire qu'un seul marché regroupant tous ces lots. […]

Cour administrative d'appel de Paris, 25 juillet 1997,
Préfet de La Réunion/commune du Port

« Il incombe aux services de bien préciser dans le règlement de la consultation d'un marché décomposé en lots que ceux-ci doivent faire l'objet de deux marchés distincts.

Dans le silence du règlement de la consultation, si une entreprise propose un seul acte d'engagement pour les deux lots d'un même marché et que la commission d'appel d'offres est en mesure d'apprécier les offres de chacune des entreprises lot par lot, la commission d'appel d'offres ne commet pas d'irrégularité en acceptant l'offre de cette entreprise. »

3.2.3 Le règlement de la consultation

Réglementairement, la personne responsable du marché a le choix entre un avis de publicité comportant au moins les mentions obligatoires prévues par arrêté, complété par un règlement de consultation, ou bien un avis de publicité très détaillé.

Le règlement de la consultation est une spécificité nationale, prévue par l'article 42 du nouveau Code des marchés publics et complété par un arrêté[24]. Il n'existe pas au niveau européen, les

23. Le modèle d'imprimé DC8 édité par le ministère des Finances permet dans sa dernière version de n'utiliser qu'un seul document en cas de réponse à plusieurs offres, en distinguant l'offre spécifique à chaque lot, en particulier son prix.
24. C'était le cas jusqu'au Code 2004 inclus, le Code 2006 ne renvoie plus à un arrêté.

directives se satisfaisant d'un avis de publicité détaillé. L'avantage du règlement de consultation réside dans le fait qu'il n'est pas facturé à la ligne, contrairement aux publicités nationales[25] : il coûte le prix du papier et sa reproduction, permettant ainsi d'expliciter clairement des éléments évoqués dans l'avis de publicité.

> **Attention, le règlement de consultation ne peut que compléter l'avis de publicité, il ne peut y suppléer : « Il semble cependant nécessaire de préciser que le renvoi, dans l'AAPC, de mentions insérées au RC est incompatible avec les obligations de publicité en vertu des objectifs poursuivis par [les directives CE] »,** ***cf.*** **CE 8 avril 2005, n° 270476, société Radiometer, avant-dernier considérant, voir** ***infra*****, 5.1.2.**

Article 42 du nouveau Code

Les marchés et accords-cadres passés après mise en concurrence font l'objet d'un règlement de la consultation qui est un des documents de la consultation. Ce règlement est facultatif si les mentions qui doivent y être portées figurent dans l'avis d'appel public à la concurrence.

Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, le règlement de la consultation peut se limiter aux caractéristiques principales de la procédure et du choix de l'offre.

Le règlement de consultation doit être en parfaite concordance avec l'avis de publicité : toute discordance serait une irrégularité pouvant affecter la validité de la procédure et justifier, notamment, une action en référé[26]. Ce n'est pas une pièce contractuelle du marché, mais la règle de jeu de sa passation, fixée par l'acheteur, en application du principe de transparence spécifié à l'article 1 du Code.

Ainsi que dans l'avis de publicité, apparaît dans ce document le délai de validité des offres : c'est le délai au cours duquel les candidats sont engagés, le marché devant donc être attribué avant

25. *Bulletin officiel d'annonces des marchés publics* (BOAMP), journaux d'annonces légales, presse spécialisée, etc. Le *Journal officiel de l'union européenne* (JOUE) consacre la gratuité des avis de publicité.
26. Principalement le référé précontractuel, article L. 551 du Code de justice administrative, en cas d'irrégularité assimilée à un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

la fin de ce délai (*cf.* figure 3.4), par le responsable désigné pour l'État et assimilés, par la Commission d'appel d'offres pour les collectivités et assimilés. L'acte d'engagement doit faire explicitement référence à ce délai.

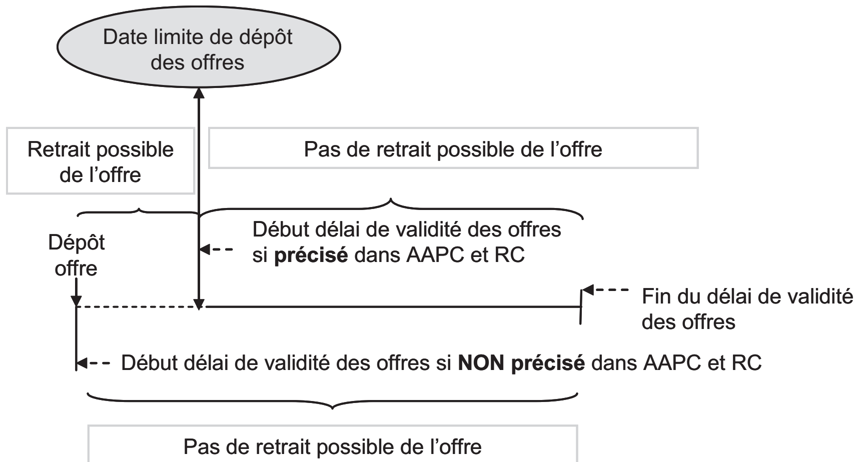


Figure 3.4 Le délai de validité des offres[27]

3.2.4 Les cahiers des charges

Ils sont classés en deux catégories : administratives et techniques, on trouve des cahiers des clauses générales, applicables à des catégories de contrats, et des cahiers des clauses particulières, applicables à chaque marché.

■ ***Les cahiers des clauses administratives générales***

L'acheteur peut faire référence à des cahiers des clauses administratives générales, qui regroupent un ensemble de clauses administratives s'appliquant à des prestations de même nature. Il existe quatre CCAG :

– travaux ;

27. Voir à ce sujet CAA Nancy 2 décembre 2004, 98NC01544, Syndicat mixte de l'agglomération messine, commentaire AJDA n°10/2005 p. 558, M. Heintz et aussi CAA Nancy 26 janvier 2006, n° 02NC00635, Société Propreté environnement industriel, commenté par D. Fausser, février 2006, www.localjuris.com.fr

- fournitures courantes et services, dont le chapitre VII est plus spécialement dévolu aux achats d'informatique ;
- prestations intellectuelles ;
- marchés industriels.

Ces dispositions purement nationales et antérieures aux directives européennes relatives aux marchés publics se chevauchent avec la classification européenne, en ce qui concerne les fournitures et services. Ces documents, très utiles malgré leur ancienneté et l'obsolescence de certains articles[28], sont en quelque sorte des « conditions générales d'achat ». Leur référence ne revêt pas un caractère obligatoire mais reste fortement conseillée, pour une meilleure sécurité juridique du contrat[29]. Ces documents, d'origine réglementaire (décrets), présentent des clauses contractuelles dans des chapitres successifs, notamment :

- généralités : obligations générales des parties, pièces contractuelles, cotraitance et sous-traitance, garanties… ;
- prix et règlement des comptes : contenu des prix, paiements sur acomptes, paiements partiels définitifs, paiement final, solde… ;
- exécution de la prestation, délai d'exécution… ;
- constatation de l'exécution des prestations : réception ou admission… ;
- règlement des litiges, résiliation du marché…

On ne fera référence qu'à un seul CCAG : en cas de marché mixte, la personne responsable du marché choisira le CCAG le plus approprié et complétera par des clauses spécifiques. La référence à un CCAG ne dispense pas pour autant de rédiger des clauses contractuelles spécifiques au marché.

Ces documents sont anciens et n'ont pas été modifiés récemment, notamment depuis les réformes successives du Code des marchés publics. Certaines dispositions ne sont plus conformes à la réglementation générale actuelle, telles que les délais de mandatement,

28. Le ministère des Finances aurait prévu une mise à jour des CCAG pour l'année 2006.
29. Dans le cas des collectivités, ils peuvent faire l'objet d'une adoption formelle par délibération de l'assemblée.

le cautionnement, la retenue de garantie, les assurances travaux. Elles devraient prochainement faire l'objet d'une mise à jour.

Exemple

Le délai de mandatement, délai donné à l'ordonnateur pour émettre le mandat à payer par le comptable, a disparu pour faire place au délai global de paiement, partant de l'ouverture du droit jusqu'au virement par le comptable.

■ *Le cahier des clauses administratives particulières*

Il fixe plus précisément les engagements contractuels de nature administrative des parties au marché. Il peut déroger au CCAG auquel il fait référence : des clauses pourront être différentes de celles prévues au CCAG, suite à un choix de l'autorité délégataire. Il est dans ce cas indispensable de préciser les clauses dérogatoires et de rappeler les clauses du CCAG non reprises. Ces dérogations font l'objet du dernier article du CCAP. Les points non mis à jour, évoqués à la fin du paragraphe précédent, doivent faire l'objet d'une dérogation systématique. Par ailleurs, la référence systématique à la personne responsable du marché (PRM) par les CCAG rend leur mise à jour urgente avec le nouveau Code, qui a fait disparaître la notion de PRM.

Les clauses contractuelles ne peuvent pas déroger à des dispositions d'ordre public. Ainsi, on ne pourra pas imposer des délais de paiement supérieurs à 45 jours[30] ou 50 jours pour les établissements publics de santé et le Service de santé des armées.

> « Les observations essentielles portant sur les CCAP sont les suivantes :
>
> – ne pas contractualiser les catalogues des fournisseurs mais indiquer précisément les fournitures susceptibles d'être commandées ;
>
> – ne viser qu'un seul CCAG ;
>
> – mettre les clauses de reconduction en conformité avec l'article 15 du Code des marchés publics[31] ;

30. Décret n° 2002-232 du 21 février 2002 relatif à la mise en œuvre du délai maximum de paiement dans les marchés publics.
31. Il s'agissait du décret du 7 mars 2001, l'article 15 étant relatif à la durée. Cette disposition est identique dans le nouveau Code, article 15.

> – remplacer le délai de mandatement par le délai de paiement et indiquer le taux des intérêts moratoires applicables en cas de non-respect des délais de paiement.
>
> [...] Les réserves concernant les CCAP ont principalement porté :
>
> – sur les clauses de paiement et le taux des intérêts moratoires, afin de prendre en compte les nouvelles dispositions réglementaires résultant de l'article 96 du Code des marchés publics et du décret du 21 février 2002 ;
>
> – sur les clauses de résiliation ;
>
> – pour les marchés à bons de commande, sur la définition des besoins minimum et maximum, ainsi que sur le contenu et la durée des bons de commande. »

Commissions spécialisées des marchés, rapport annuel 2002.

■ *Les cahiers des clauses techniques*

Chaque marché fait l'objet d'un cahier des clauses techniques particulières, décrivant la prestation demandée. Il peut faire référence à un cahier des clauses techniques générales, lorsque ce document existe et que le pouvoir adjudicateur choisit d'y faire référence. Ces documents sont pris par arrêté.

Exemples de CCTG

Fascicule 70 sur les ouvrages d'assainissement (génie civil)

DTU 25-31 : exécution des cloisons en carreaux de plâtre. Partie III : mémento AFNOR P 72-202-3 et DTU 25-42 : ouvrages en complexes et sandwiches de plaques de plâtre isolant. Partie III : mémento pour la rédaction des documents particuliers d'un marché et pour la coordination des travaux. Publication AFNOR P 72-204-3 (fascicules applicables au bâtiment).

Approuvé par arrêté du ministre des Finances du 17 septembre 2003, JO du 27 septembre 2003.

Ces documents concernent essentiellement les travaux, leur liste concernant le BTP peut être obtenue sur le site www.btp.equipement.gouv.fr.

Dans d'autres domaines (fournitures et services), les documents établis par les groupes permanents d'études des marchés (GPEM), édités par le Journal officiel et téléchargeables gratuitement sur

internet[32], constituent une assistance de premier ordre pour la rédaction des cahiers des clauses techniques.

La rédaction des CCTP doit être claire et impartiale, les exigences techniques étant en liaison directe avec l'objet du marché et la finalité recherchée. Le risque encouru dans ce domaine, à l'origine duquel se trouve parfois une compétence insuffisante des services ou le poids des habitudes, peut se résumer ainsi :

- rédaction de clauses « sur mesure » ayant pour effet d'avantager un candidat : l'intention déterminée et volontaire d'avantager tout spécialement un candidat (pouvant avoir un caractère délictuel : délit de favoritisme et corruption, notamment) n'est pas systématiquement à l'origine de ce type d'irrégularité. En fait, il peut simplement s'agir d'un manque de compétence, pallié par le recours à une entreprise contactée par l'agent chargé du dossier, ou par la recopie d'une notice technique trouvée sur internet ou ailleurs[33] ;
- exigences excessives limitant la concurrence et renchérissant les coûts : application du principe « qui peut le plus peut le moins », par méconnaissance du besoin réel ou dans un souci de « rapidité », afin d'éviter une analyse plus détaillée du besoin réel, considérée comme inutile et source de perte de temps.

Ces pratiques, outre le fait qu'elles sont anti-économiques et contraires aux principes d'efficacité et d'efficience, peuvent avoir des incidences contentieuses graves. En effet, un candidat pourra faire valoir une atteinte aux conditions de publicité et de mise en concurrence mais aussi porter l'affaire au pénal, sur la base du délit d'avantage injustifié à autrui, autrement appelé « délit de favoritisme ».

Article 432-14 du Code pénal (extrait)

Procurer ou tenter de procurer un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires garantissant la liberté d'accès et d'égalité des candidats dans les marchés publics.[34]

32. http://djo.journal-officiel.gouv.fr/MarchesPublics/
33. Les conséquences délictuelles en terme de délit de favoritisme ont toutes chances d'être avérées, malgré tout.
34. Voir à ce sujet la circulaire du ministre de la Justice NOR JUST D05-30037C, n° CRIM.05-3/G3-22.02.2005.

Le législateur n'ayant pas renvoyé explicitement aux textes[35], c'est la jurisprudence qui détermine au cas par cas si le délit est constitué. Le fait d'imposer des clauses non justifiées qui ont pour effet de restreindre ou d'éteindre la concurrence, peut être constitutif du délit de favoritisme.

Exemple de délit de favoritisme

« L'enquête a établi que la dévolution du lot n° 2 de l'appel d'offres lancé par l'établissement pour l'acquisition d'engins et de matériels de nettoyage des espaces naturels a procuré à une société candidate, attributaire du marché, un avantage injustifié caractérisé par l'élaboration d'un descriptif technique « sur mesure » et une procédure de choix qui a violé le principe d'égalité.

Les spécifications techniques de la nettoyeuse de plage, objet du lot n° 2, contenaient des précisions relatives aux matériaux et aux dimensions qui écartaient *a priori* de nombreux candidats potentiels. Par ailleurs, l'introduction au cahier des clauses techniques particulières de procédés ou systèmes propres à l'engin proposé par la société attributaire et la déclaration de non-conformité de l'offre concurrente proposée par la société évincée, au motif qu'elle ne les proposait pas, est contraire aux dispositions des articles 272 et 47 alinéa 2 du Code des marchés publics. Selon la mission, ces manquements ont procuré à la société candidate, attributaire du marché, un avantage injustifié constitutif du délit de l'article 432-14 du Code pénal ».

Avis de la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés (MIEM), rapport d'activité 2000

3.3 Choisir la procédure : négociation ou choix sans négociation ?

Le choix de la procédure reste une préoccupation majeure des acheteurs publics. Pourtant, ainsi que l'on a pu le constater depuis le début de cet ouvrage, elle ne doit pas venir en tête, et surtout ne pas précéder la définition du besoin !

Quelle que soit la procédure, les attributaires des marchés publics sont généralement choisis sur la base de l'offre économiquement la

35. Pour faire court : voir le décret n°2006-975 du 1er août 2006 portant Code des marchés publics et les textes auxquels celui-ci fait référence dans ses visas, en ce qu'ils concernent les conditions de publicité et de mise en concurrence.

plus avantageuse, à moins de faire référence au seul prix le plus bas. Dans certains cas, il sera possible de négocier (*cf.* figure 3.5), étant entendu que le choix des procédures, ainsi que la possibilité de négocier, sont conditionnés par la nature des prestations et le montant estimé de l'achat, en regard des seuils européens (*cf.* figure 3.6). L'appel d'offres reste toutefois la règle, même si la nouvelle rédaction du Code des marchés publics se limite à énumérer les différentes procédures formalisées. Les autres procédures restent conditionnées par une motivation spécifique. L'appel d'offres, qu'il soit ouvert ou restreint, proscrit formellement toute négociation.

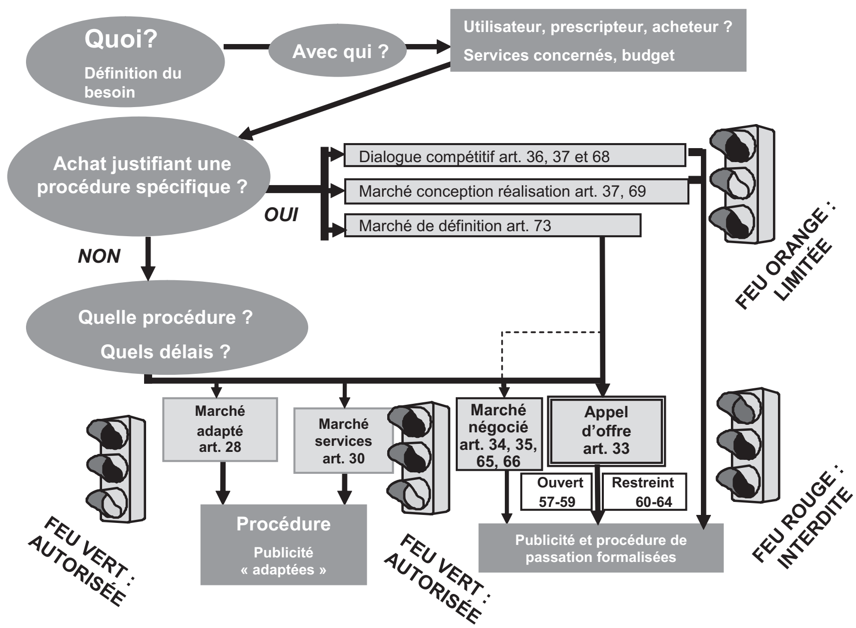


Figure 3.5 Les différentes procédures et les possibilités de négociation

3.3.1 La nature des prestations

Les marchés qui peuvent rentrer dans le champ d'application défini par l'article 35 du nouveau Code peuvent être négociés quel que soit leur montant. S'agissant d'une procédure dérogatoire à la règle générale de l'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur doit être en mesure de justifier le recours à l'article 35. Une justification insuffisante pourrait avoir des suites contentieuses, y compris pénales.

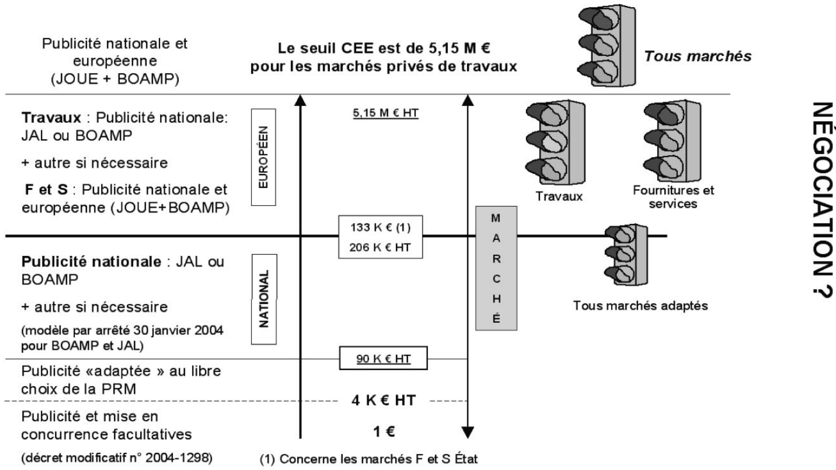


Figure 3.6 Négociation, publicité et seuils financiers

Conseil d'État, Avrillier, 11 octobre 1999 n° 165510

Recours irrégulier au marché négocié malgré l'existence d'un brevet : il appartient à la personne responsable du marché de justifier qu'elle ne peut pas obtenir un résultat équivalent avec une technique différente.

Cour administrative d'appel de Douai, 31 octobre 2002, SA Quille, n° 99DA01074 (commentaire AJDA 3/2003)

La détention de brevets par un seul titulaire justifie l'absence de mise en concurrence : la passation d'un marché négocié sans mise en concurrence est justifiée lorsque la société avec laquelle il est conclu est la seule à détenir les brevets de fabrication sur les installations à l'origine des dysfonctionnements auxquels il doit être remédié.

Dans ce domaine, il ne faut pas confondre renommée et savoir-faire spécifique, pouvant justifier la passation d'un marché négocié. La région Bretagne a été sanctionnée par l'annulation de la délibération autorisant un marché négocié sans mise en concurrence[36]. La région avait signé un marché sur la base de l'article 104-II-2° de

36. CAA Nantes 31 octobre 2003, M. René-Marie Bouin, n° 01NT00806, cité par l'AJDA n° 38/2003, p. 2006 M-C. de Montecler.

l'ancien Code des marchés publics[37], avec le grand magasin de Londres, Harrods, visant l'organisation dans ses rayons d'une promotion des produits alimentaires bretons de haut de gamme. Contrairement à l'avis de première instance, la Cour administrative d'appel n'a pas admis que la condition de spécificité justifiant un tel marché négocié était remplie.

> **CAA Nantes 31 octobre 2003, M. René-Marie Bouin, n° 01NT00806**
>
> […] « qu'à supposer même, ainsi que le soutient la région Bretagne, que le magasin Harrods dispose d'une renommée incomparable, cette circonstance ne saurait être regardée comme spécifique, au sens des dispositions du 2° du II de l'article 104 précité, de nature à le faire regarder comme étant le seul magasin en mesure de réaliser l'opération commerciale et promotionnelle envisagée par la région Bretagne ; que si la région fait également valoir que la société Harrods est détentrice de droits exclusifs sur ses fichiers clients et sur d'autres éléments de son fonds de commerce, qu'elle devait utiliser pour effectuer les prestations recherchées par la région, il n'en résulte pas que les besoins de celle-ci ne pouvaient être satisfaits que par une prestation nécessitant l'emploi de droits exclusifs et qu'il pouvait, ainsi, être fait application des dispositions du 1° du II de l'article 104 précité ; que, dans ces conditions, la région Bretagne n'établit pas, comme il lui appartient de le faire, que la société Harrods était la seule entreprise à laquelle elle pouvait demander de réaliser l'opération et qu'elle se trouvait, ainsi, dans une des situations exceptionnelles envisagées par les dispositions de l'article 104 précité nécessitant qu'il fût dérogé au principe de mise en concurrence.

On notera plus particulièrement la possibilité dorénavant offerte, pour les seuls marchés de travaux, d'avoir recours à une procédure négociée jusqu'à 5,278 millions d'euros (*cf.* figure 3.7). Les marchés de services ressortissant de l'article 30 du nouveau Code,

37. Marchés négociés sans publicité ni concurrence « qui ne peuvent être confiés qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité », correspondant aujourd'hui à l'article 35-II-8°° du nouveau Code des marchés publics.

correspondant à l'annexe 2B de la directive européenne 2004-18, peuvent faire l'objet d'une négociation quel que soit leur montant.

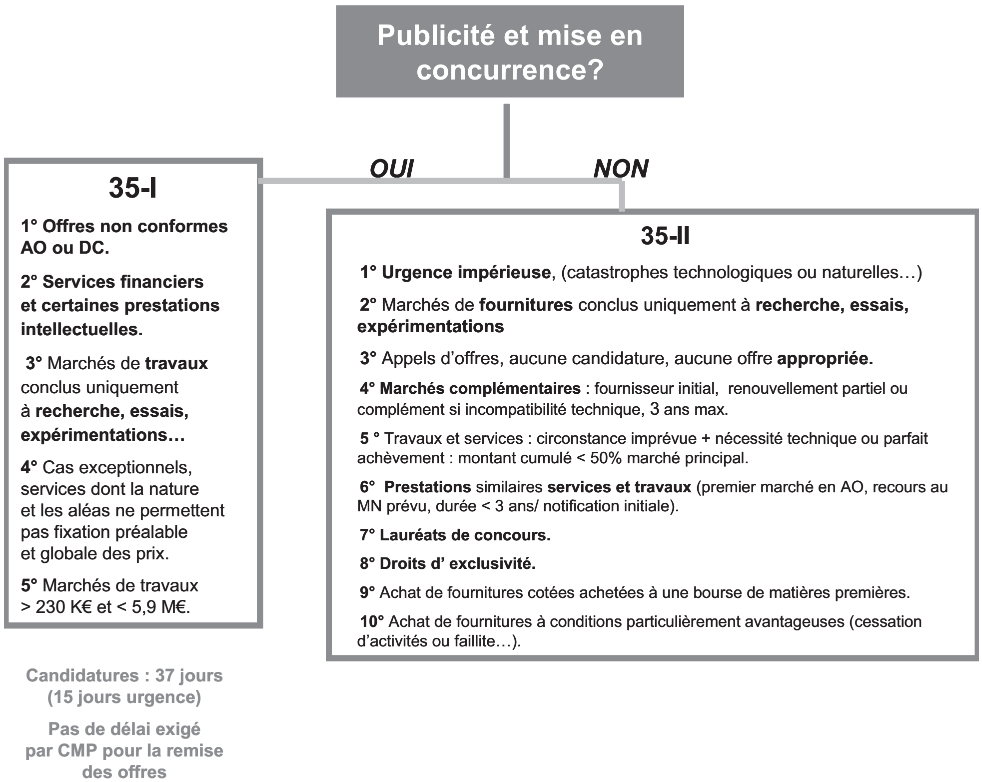


Figure 3.7 Les marchés négociés article 35

3.3.2 Le montant des prestations

L'article 28 du nouveau Code permet de passer des marchés selon la procédure adaptée, en dessous du seuil de 206 000 € HT (133 000 € HT pour les fournitures et services de l'État et assimilés). La négociation est encouragée pour ces marchés, la collectivité n'ayant pas à le justifier. Il est toutefois recommandé d'en informer les candidats au préalable, ainsi que de définir les modalités pratiques de déroulement des négociations.

> **« Lorsque leur montant est inférieur aux seuils fixés à l'article 26, les marchés peuvent être passés selon la procédure de mise en concurrence adaptée par le pouvoir adjudicateur en fonction de la nature et de l'étendue des besoins.**
>
> **Le recours à la négociation avec plusieurs fournisseurs potentiels est possible pour tous ces marchés, sans aucune condition de circonstance ni de montant du marché. »**

Circulaire d'application du Code des marchés publics du 3 août 2006

3.3.3 Les procédures spécifiques : le dialogue compétitif

Cette procédure, nouvellement introduite par la réforme 2004 du Code des marchés publics, remplace l'appel d'offres sur performances. Elle est une transposition française de la procédure décrite dans la directive 2004-18. Elle a fait l'objet d'une modification de forme avec la réforme de 2006.

Elle se déroule en deux temps : sélection de candidats puis discussions avec les candidats retenus et enfin choix des offres (*cf.* figure 3.8). La discussion, sur la base d'un programme fonctionnel, peut s'assimiler à une « négociation » très encadrée, dans la mesure où des discussions sont menées par les services du pouvoir adjudicateur avec les différents candidats, l'ensemble des points, y compris financiers, pouvant être abordés.

En revanche, le choix final, sur la base de la solution proposée par chaque candidat au cours des discussions, s'apparente directement aux techniques de choix de la procédure d'appel d'offres et proscrit toute négociation à ce stade.

3.3.4 Le déroulement des procédures

En règle générale, les procédures vont étudier dans un premier temps les candidatures, puis les offres (*cf.* figure 3.9).

■ *Les procédures sans négociation*

La procédure commence par l'envoi de l'avis de publicité.

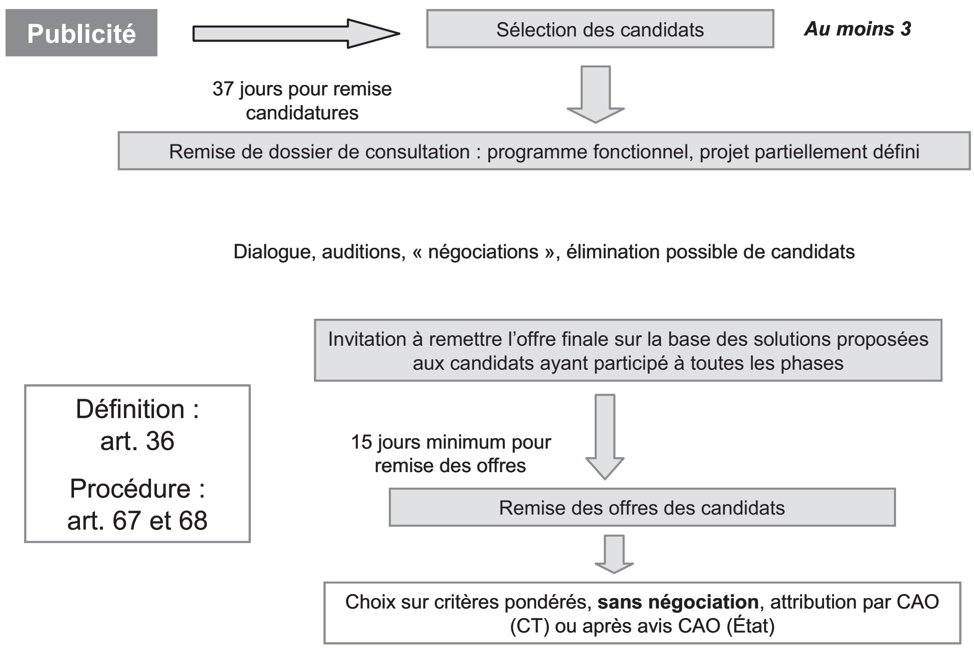


Figure 3.8 Le dialogue compétitif

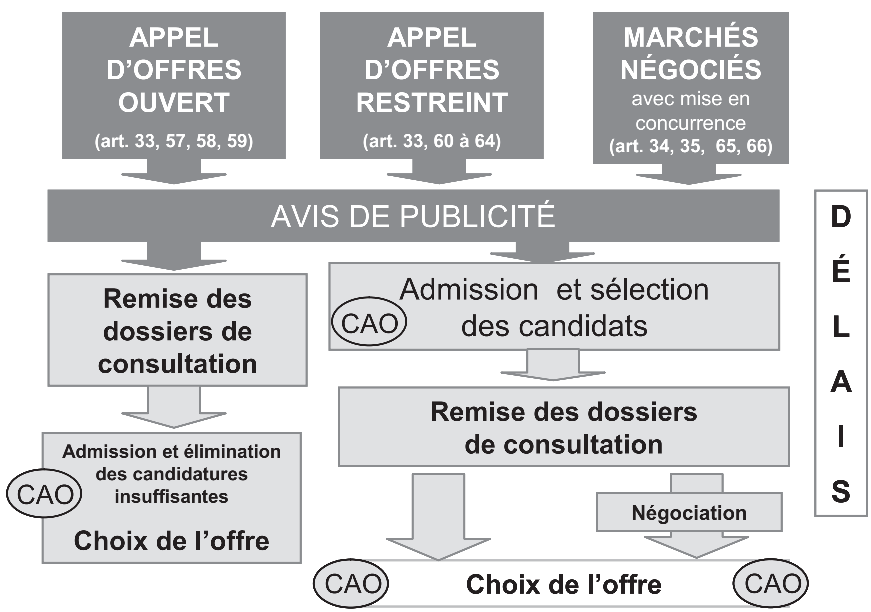


Figure 3.9 Le principe de déroulement des procédures formalisées

☐ *L'appel d'offres ouvert*

- Les candidats disposent de 52 jours[38] à compter de l'envoi de l'avis de publicité au BOAMP et, le cas échéant, au JOUE[39], pour déposer leurs offres. En effet, chaque candidat est directement autorisé à déposer une offre : les plis contiennent deux enveloppes, l'une consacrée aux renseignements relatifs à la candidature, la seconde à l'offre proprement dite ;
- une analyse de la candidature sera faite dans un premier temps : si elle n'est pas rejetée pour irrecevabilité ou capacités jugées insuffisantes, l'offre sera analysée, le choix étant fait sur le principe de l'offre économiquement la plus avantageuse.

☐ *L'appel d'offres restreint*

- Les candidats disposent de 37 jours au minimum, à compter de l'envoi de la publicité au BOAMP et, le cas échéant, au JOUE pour déposer leur candidature ;
- les candidats font l'objet d'un classement ;
- seuls les candidats admis à présenter une offre se verront remettre un dossier de consultation. Ils disposent d'un délai de 40 jours pour remettre une offre qui sera analysée, le choix étant fait sur le principe de l'offre économiquement la plus avantageuse.

En ce qui concerne l'État et les établissements de santé, la décision est prise après avis de la commission d'appel d'offres (CAO).

Pour les collectivités territoriales, la décision revient à la CAO, sous réserve d'autorisation préalable ou de validation finale par l'assemblée délibérante[40].

---

38. Ce délai peut être réduit sous certaines conditions prévues par le nouveau Code des marchés publics.
39. Si l'estimation financière dépasse le seuil européen de 135 000 € HT pour les fournitures et services de l'État, 210 000 €HT pour les collectivités locales, 5,27 M€ HT pour les travaux, ce délai peut être réduit à 22 jours en cas d'envoi préalable d'un avis de préinformation, selon les dispositions spécifiques prévues à l'article 39 du nouveau Code des marchés publics. D'autres réductions de délai, prévues dans les différents articles décrivant chaque procédure, sont possibles, notamment au motif du recours à la dématérialisation de l'envoi de la publicité et de la remise des dossiers de consultation.
40. Conseil d'État 13 octobre 2004, commune de Montélimar, n° 254007, commentaire AJDA 38/2004 p. 2107 et *Contrats Marchés Publics* n°11/2004 p. 224, ordonnance 2005-645 du 6 juin 2005.

> **Article 60 du nouveau Code des marchés publics**
>
> […] Le pouvoir adjudicateur peut décider de limiter le nombre de candidats qui seront admis à présenter une offre. Il mentionne cette décision dans l'avis d'appel public à la concurrence. Il fixe dans cet avis un nombre minimum de candidats admis à présenter une offre et peut également fixer un nombre maximum. Ce nombre minimum ne peut être inférieur à cinq. […]

■ *Les procédures négociées*

Selon la procédure, un avis de publicité ou une mise en concurrence devra, le cas échéant, être effectué (*cf.* figure 3.10).

- Les candidats disposent de 37 jours[41] à compter de l'envoi de la publicité au BOAMP et, le cas échéant, au JOUE pour déposer leur candidature ;
- Les candidats font l'objet d'un classement ; seuls les candidats admis à négocier se verront remettre un dossier ou une lettre de consultation. Les négociations sont ensuite menées par la personne responsable du marché (ou les personnes dûment désignées par ses soins).

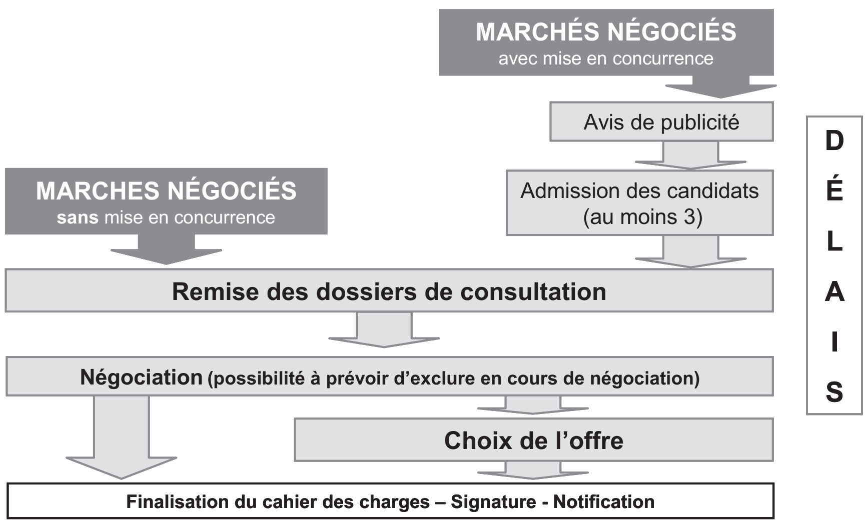


Figure 3.10 Les procédures négociées

41. Ce délai peut être réduit sous conditions fixées par le Code des marchés publics.

Article 65 du nouveau Code des marchés publics

[…] Le pouvoir adjudicateur peut décider de limiter le nombre de candidats qui seront admis à présenter une offre. Il mentionne cette décision dans l'avis d'appel public à la concurrence. Il fixe dans cet avis un nombre minimum de candidats admis à présenter une offre et peut également fixer un nombre maximum. Ce nombre minimum ne peut être inférieur à trois. […]

Les modalités de déroulement des négociations sont déterminées par l'autorité délégataire et indiquées dans le dossier de consultation. Le choix est fait sur le principe de l'offre économiquement la plus avantageuse.

> **Il convient de rappeler qu'il faut proportionner les procédures à l'enjeu de l'achat : le temps passé et les moyens consacrés à la procédure d'acquisition sont autant de coûts supportés par la collectivité acheteuse. Le juridisme imprègne souvent les procédures adaptées, au détriment des préoccupations économiques.**
>
> **« Lorsqu'on compare nos pratiques à celles de nos voisins, on est aussi frappé par le juridisme qui imprègne nos procédures d'achats publics au détriment des préoccupations économiques. Nos marchés publics restent rivés à la réglementation, moins pour elle-même d'ailleurs que pour "se couvrir". L'économie du contrat reste le parent pauvre de l'achat public à la différence des achats privés. L'acheteur public donne priorité au formalisme et se rassure en choisissant le moins-disant de façon quasi systématique. L'évaluation du coût réel du contrat après exécution n'est pas effectuée : les avenants, la non-qualité majorent parfois sensiblement le montant initial, relativisant la notion même de moins-disant. »**

Thierry Beaugé et Olivier Frot, « Remettons l'économique au cœur du contrat »,
pour la *Lettre d'information de Weka*, 2005.

4

La détermination des critères

L'objectif de cette étape est de déterminer les critères permettant de choisir la meilleure offre. Le principe de transparence interdit de modifier les modalités d'appréciation des offres en cours de procédure. Or l'application de critères insuffisamment définis pourrait conduire l'acheteur à des difficultés de choix, voire même à choisir une offre au détriment d'une autre qui lui semblerait meilleure, après étude. Le choix des critères découle de l'analyse du besoin : nous verrons, une fois encore, tout l'intérêt de l'élaboration préalable d'un CdCF pour le choix de critères pertinents.

Il importe avant tout de rappeler des notions que l'on doit distinguer, avec des conséquences immédiates dans le déroulement de la procédure : les critères de sélection, les critères d'attribution et les conditions d'exécution du marché.

Les critères de sélection visent à opérer un choix sur des candidats : ils s'appliquent aux prestataires potentiels en tant que tels et vont donc intervenir dans la première phase de procédure. En procédure de type restreint, seuls certains candidats (ceux qui auront été choisis) seront autorisés à présenter une offre (appels d'offres restreints, dialogue compétitif et marchés négociés). En procédure ouverte, la candidature fera l'objet d'une acceptation ou d'un refus sur la base de ses capacités, analysées en fonction de

tels critères. En procédure restreinte, ces critères permettront de dresser un classement qualitatif des candidatures. Les éléments de choix du pouvoir adjudicateur, quant aux capacités nécessaires pour pouvoir présenter une offre, devront figurer dans l'avis d'appel public à concurrence, dans la rubrique « sélection des candidatures ».

Les critères d'attribution ont pour finalité de permettre le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Ils devront être déterminés préalablement pour tout achat, quelle que soit la procédure choisie.

Les conditions d'exécution, comme leur nom l'indique, représentent des exigences du marché. À ce titre, toute condition que le candidat ne s'engagerait pas à remplir rendrait son offre non conforme et par là, irrecevable.

4.1 Les critères de sélection des candidats

L'analyse et le choix ou l'élimination de la candidature est le premier stade dans la procédure d'attribution d'un marché (*cf.* figure 4.1). On exigera dans tous les cas un certain nombre d'informations qui concernent l'entreprise candidate en tant que telle (mais pas encore son offre). Dans le cas des procédures restreintes, le pouvoir adjudicateur sera amené à effectuer un premier choix parmi les candidats.

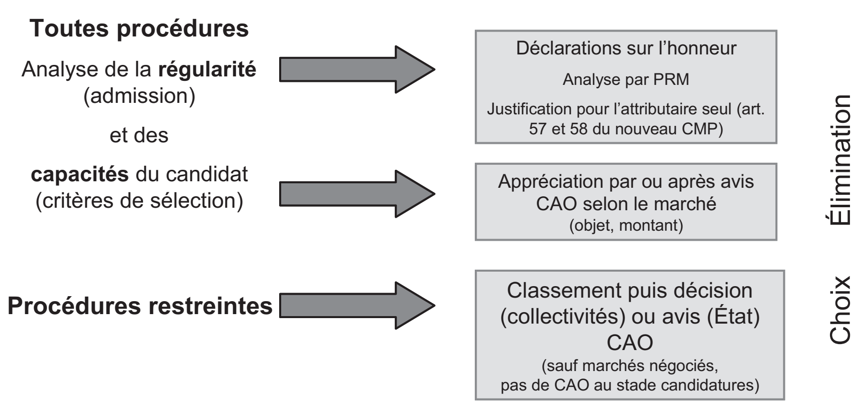


Figure 4.1 Le choix du candidat

4.1.1 La détermination des critères de sélection

> **Article 52 du nouveau Code des marchés publics**
>
> « […] Les candidatures, qui n'ont pas été écartées en application des dispositions de l'alinéa précédent, sont examinées au regard de critères de sélection objectifs et non discriminatoires, et en stricte corrélation avec l'objet du marché et qui seront indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis, dans le règlement de la consultation. Ces critères portent sur les capacités professionnelles, techniques et financières. Les candidatures qui ne répondent pas à ces critères sont éliminées.
>
> L'absence de références à de précédents marchés de même nature ne peut constituer un critère éliminatoire. »

La lecture du Code, ainsi qu'elle apparaît dans l'extrait d'article cité, permet de tirer les conclusions suivantes :

- Les critères de sélection sont utilisés et publiés pour toutes les formes de procédures, qu'elles soient ouvertes ou restreintes ;
- les procédures restreintes impliquent une sélection qualitative des candidats, dans le cas des appels d'offres et concours restreints, marchés négociés, dialogue compétitif, marché de conception-réalisation ;
- les critères peuvent concerner les garanties, les capacités techniques et financières, les références présentées par les candidats et aussi plus particulièrement les savoir-faire en matière de protection de l'environnement ainsi que sur le respect de l'obligation d'emploi de personnes handicapées.

> **Les critères de sélection des candidatures, donc les informations demandées pour mesurer les capacités de celles-ci (voir *infra*), doivent être « objectifs et non discriminatoires » (art. 52). Par ailleurs, « le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des candidats que des niveaux de capacités proportionnés à l'objet du marché » (art. 45) : la réglementation, tout en consacrant une large liberté à l'acheteur, veille à le dissuader d'avoir des exigences disproportionnées.**
>
> **« La Cour administrative de Douai a rendu un arrêt qui sanctionne l'OPAC Oise habitat pour avoir inséré un critère de sélection injustifié dans un avis d'appel public à la concurrence**

> lancé le 16 décembre 1999. L'OPAC avait exigé que le futur titulaire du contrat en question dispose de références attestant sa spécialisation dans le contrôle administratif, technique et financier des contrats d'affermage sur les trois dernières années. La Cour a estimé que si l'objet du marché était bien le contrôle de toutes les chaufferies de l'OPAC affermées, la spécificité du régime de l'affermage n'entraînait pas de modalités de contrôle substantiellement différentes suivant le mode de délégation. Aussi, a-t-elle considéré que la demande de justifications d'expérience en matière d'affermage n'est pas un critère justifié par l'objet du marché ou par ses conditions d'exécution. En outre, les juges ont estimé qu'une telle spécification dans l'AAPC pouvait dissuader les candidats de concourir au marché. »

Source © achatpublic. com, le 06/12/2005

Arrêt de la Cour administrative de Douai n° 02DA00889 du 31 mars 2005 Société Thermotique SA c/OPAC Oise Habitat

– les critères choisis doivent être annoncés dès l'avis de publicité, dès lors que la procédure en prévoit un ;
– aucune disposition explicite n'impose ni la pondération, ni la hiérarchisation de ces critères. Toutefois, l'article 52 du Code 2004 précisait que « la personne responsable du marché indique dans l'avis d'appel public à la concurrence ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis, dans le règlement de la consultation, ceux des critères qu'elle privilégiera compte tenu de l'objet du marché », ce qui revenait à prévoir au moins une hiérarchisation des critères. La pondération est possible à l'initiative de la personne publique. Le nouveau Code est muet à ce sujet.

> « Un pouvoir adjudicateur peut limiter le nombre de candidats aux procédures restreintes et négociées avec publication d'un avis de marché et au dialogue compétitif. Cette réduction des candidats devrait être opérée sur la base de critères objectifs indiqués dans l'avis de marché. Ces critères objectifs n'impliquent pas nécessairement des pondérations […]

Directive 2004-18 du 31 mars 2004, considérant (40)

Sur l'avis de publicité[1], ces critères seront mentionnés au cartouche 9, « conditions de participation », alors que les critères d'attribution apparaissent au cartouche 11.

Il ne faut pas confondre ces deux types de critères, dans la mesure où la candidature et l'offre font l'objet de traitements distincts et successifs.

> « Quelle que soit la procédure retenue, appel d'offres ou marché négocié, la sélection des candidats admis à présenter une offre doit être faite sur la base de critères ou d'exigences choisis de manière à ne pas réduire abusivement la concurrence.
>
> De nombreuses observations et recommandations ont porté sur les critères de jugement des candidatures et des offres, les services ayant souvent tendance à confondre les uns et les autres ou à utiliser les mêmes critères aux deux stades de la procédure d'attribution.
>
> Ainsi l'appréciation générale des moyens, des références et de l'organisation des entreprises ne peut intervenir qu'au stade de l'examen des candidatures ; par contre peuvent figurer comme critère de jugement des offres, les capacités de mise en œuvre, en réponse aux besoins et exigences spécifiés dans le marché.
>
> Les commissions ont précisé que doivent être considérés comme critères de sélection des candidats et non comme critère de choix des offres :
>
> – les capacités financières de la société ;
>
> – les références concernant d'autres clients ;
>
> – la certification ISO ou équivalent. »

Commissions spécialisées des marchés, rapport d'activité 2002 (II.3)

On en déduit que la pertinence du choix de critères de sélection des candidatures découle directement de l'analyse préalable du besoin. En effet, celle-ci comporte notamment une analyse des risques, portant sur la criticité de l'objet du marché. Cette analyse peut conduire l'autorité délégataire à choisir une procédure restreinte,

1. Selon le modèle de l'arrêté du 28 août 2006 pris en application du Code des marchés publics et fixant les modèles d'avis pour la passation et l'attribution des marchés publics et des accords-cadres (NOR : ECOM0620015A).

mais aussi à déterminer les capacités et points forts attendus des entreprises autorisées à soumissionner.

4.1.2 Les conditions d'emploi des critères de sélection

Le respect du principe de transparence implique que ces critères soient annoncés au départ, mais aussi respectés dans les faits.

> **Conseil d'État, 12 mars 1999, Établissement public Bibliothèque de France contre Société ODM, n° 153879**
>
> Critères candidatures annoncés préalablement et respectés :
>
> « L'élimination de la candidature d'une entreprise dans un appel d'offres restreint doit être motivée et les critères de sélection annoncés clairement.
>
> A commis une faute l'organisme public qui a soutenu pour rejeter la candidature d'une entreprise un autre motif que le motif réel qui, de plus, n'avait pas été annoncé lors de la mise en concurrence. »
>
> Il s'agissait d'un marché d'ordonnancement-pilotage-coordination à l'occasion de la construction de la Bibliothèque de France. La notification de non-admission a été directement motivée (sans demande du candidat éconduit, alors qu'une demande expresse doit entraîner la motivation) pour motif de références insuffisantes (ce qui était faux) alors que la vraie raison était l'absence de garanties d'indépendance requise (critère non demandé !), l'entreprise appartenant à un groupe d'entreprises de bâtiment travaux publics susceptible de présenter sa candidature.

Peut-on imposer une implantation locale ? Sur la base du principe de non-discrimination inscrit depuis l'origine dans les traités, le droit européen et donc par suite, le droit national, proscrivent formellement toute préférence locale (ou nationale) en tant que telle. Donc la réponse est négative.

Toutefois, les conditions d'exécution peuvent justifier la disposition d'une implantation locale, motivée, par exemple, par le caractère indispensable d'une rapidité d'intervention. C'est donc au cas par cas, en fonction de la définition initiale du besoin, que l'on pourra,

le cas échéant, imposer une telle contrainte, qui devra être objectivement motivée par des nécessités de bonne exécution du marché.

> **Conseil d'État, 14 janvier 1998, société Martin-Fourquin, n° 168688**
>
> « Le fait de demander aux entreprises soumissionnaires d'un marché de disposer d'une implantation locale n'est pas considéré comme abusif, si les conditions d'exécution du marché le nécessitent. Ne commet pas d'irrégularité la collectivité qui décide d'attribuer un marché à une entreprise qui, dans son offre, s'engage a établir une antenne locale correspondant aux nécessités techniques de la prestation objet du marché et d'écarter une société qui elle, possédait déjà cette antenne.
>
> La disposition d'une implantation locale est un critère relatif à la candidature. »
>
> En l'occurrence, il s'agissait d'une consultation pour un marché d'entretien des espaces verts, passée en appel d'offres restreint.

4.2 Les critères d'attribution

Leur pertinence est essentielle pour choisir « l'offre économiquement la plus avantageuse » et s'assurer d'un marché qui réponde parfaitement aux besoins et se déroule sans encombre, en sauvegardant les deniers publics. Si l'on reprend l'article 1 du nouveau Code, celui-ci donne deux objectifs :

- « l'efficacité de la commande publique », c'est-à-dire l'atteinte des résultats correspondant aux objectifs initialement fixés ;
- « la bonne utilisation des deniers publics », soit l'efficience, c'est-à-dire l'utilisation de moyens proportionnés à ces résultats et le choix d'une offre présentant le meilleur rapport qualité-prix.

On en revient à la bonne définition préalable des besoins. Ainsi schématisée dans la figure 4.2, la problématique revient pour l'acheteur à réfléchir à la finalité de l'achat (répondre à la question :

« pourquoi ? ») et à son utilisation prévue (le « comment ? »). Cette réflexion devra arbitrer entre les caractéristiques techniques et/ou qualitatives de la prestation et les aspects économiques de l'achat pris dans sa globalité : coût d'acquisition, correspondant au « prix » du marché, mais aussi coût de possession, sans oublier le coût de la commande (moyens à consacrer par la personne publique à la passation du contrat).

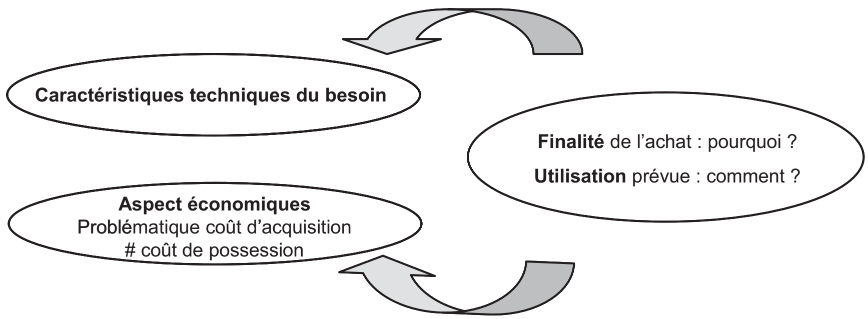


Figure 4.2 Comment déterminer les critères d'attribution ?

Les critères de sélection des candidatures ne peuvent être utilisés pour sélectionner une offre : en effet, lorsque l'on examine l'offre, la candidature est réputée acceptée. Il est donc irrégulier d'utiliser, au niveau de l'analyse de l'offre, des critères tels que « références pour des prestations similaires », « capacités du candidat ». Cette question a été soulevée par des jugements récents :

- **TA Limoges, 3 février 2005, n° 200778, SA Soprema c/ Centre hospitalier de Brives** : impossibilité d'utiliser un critère tiré des capacités professionnelles et techniques des candidats au stade du jugement des offres[2] ;
- **CE 29 décembre 2006, n° 273783, Société Bertele** : la qualification professionnelle des entreprises ne peut pas être un critère de sélection des offres.

On pourra toutefois utiliser de tels critères dès lors qu'ils s'appliquent aux équipes et moyens spécifiquement dédiés au marché :

2. *Contrats Marchés Publics* n° 7-8/2005, p. 31, note F. Llorens.

– **TA Paris, 2 décembre 2004, n° 0423907/6, société Stratis** : l'examen d'un critère de compétence au stade de l'analyse des offres est possible, il ne doit pas être assimilé à celui des garanties professionnelles lors de la sélection des candidatures.

4.2.1 Les critères prévus par le Code

« Sans préjudice des dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales relatives à la rémunération de certains services, les critères sur lesquels les pouvoirs adjudicateurs se fondent pour attribuer les marchés publics sont :

a) soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse, divers critères liés à l'objet du marché public en question : par exemple, la qualité, le prix, la valeur technique, le critère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, le coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution ;

b) soit uniquement le prix le plus bas. »

Directive 2004-18, article 53, critères d'attribution des marchés

Article 53 du nouveau Code des marchés publics

« […] Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde :

1. soit sur une pluralité de critères, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ;
2. soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix.

[…] »

■ ***La détermination de « l'offre économiquement la plus avantageuse »***

Le manuel d'application du Code 2006 des marchés publics[3], fournit les précisions suivantes :

3. Circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du Code des marchés publics, NOR : ECOM0620004C.

> « Avant tout appel à la concurrence, l'acheteur devra se situer dans les conditions économiques et qualitatives les plus favorables, à savoir :
>
> – définir au mieux son besoin, affiner sa connaissance du secteur d'activité, éviter d'alourdir inutilement le coût des procédures et les frais de dossier par des exigences non justifiées afin de susciter une mise en concurrence optimale ;
>
> – connaître et adapter sa procédure aux mécanismes de formation des prix en choisissant le bon moment et en sélectionnant la forme de prix (ferme, actualisable, révisable) lui garantissant la meilleure économie de ses achats pendant toute la durée du marché.
>
> La règle du choix du « mieux-disant » plutôt que du « moins-disant » est affirmée. Cette règle se traduit par le fait que le « critère prix » n'est qu'un critère parmi les autres critères de choix possibles indiqués à l'article 53.
>
> L'offre économiquement la plus avantageuse n'est pas nécessairement assimilable au prix le plus bas, ce qui bien entendu ne doit pas conduire l'acheteur à minorer exagérément l'importance du critère prix dans l'analyse des offres. Il doit également être en mesure d'apprécier la performance globale du marché et porter une attention particulière à la qualité des prestations fournies, ainsi qu'au respect, tant par les fournisseurs que par les utilisateurs, des modalités d'exécution du marché ».

On peut dans un premier temps s'interroger sur l'exacte conformité de la transposition de la directive dans le texte français, concernant le choix sur le seul critère prix, « quelle que soit la procédure en cause »[4]. Selon certains auteurs[5], l'utilisation du seul critère du prix n'est pas possible en appel d'offres, l'article 33 indiquant « l'appel d'offres est la procédure par laquelle la personne publique choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociations, sur la base de critères objectifs portés à la connaissance des candidats ». Il ne l'est pas non plus en procédure de dialogue compétitif, réservée à des marchés complexes.

4. Réponse à QE n° 11109, B. Piras, 26 février 2004 (JA Sénat du 17 juin 2004).
5. Cyrille Emery, AJDA 2003 p. 636, A. Ruellan, CP-ACCP n° 39, p. 37.

Cette remarque est toujours valable pour le nouveau Code, l'article 33 relatif à la procédure d'appel d'offres prévoyant le choix de « l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats. »

> […] Les critères sur lesquels les pouvoirs adjudicateurs se fondent pour attribuer les marchés publics sont :
> a) soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, divers critères liés à l'objet du marché public en question : par exemple, la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, le coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution ;
> b) soit uniquement le prix le plus bas.
> […]
>
> Article 53, directive 2004-18/UE du 31 mars 2004

Toutefois, une jurisprudence récente du Conseil d'État[6] est venue préciser, entre autres, l'interprétation du juge national sur cette maladresse de transposition : « considérant que les dispositions de l'article 53 de la directive du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services permettent au pouvoir adjudicateur, pour attribuer un marché public, soit de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse en fonction de plusieurs critères liés à l'objet du marché, soit d'attribuer le marché sur le seul fondement du prix le plus bas ; qu'en faisant aussi dépendre de l'objet du marché le recours au seul critère du prix, l'article 53 du Code des marchés publics n'a fait que préciser ces dispositions en conformité avec l'objectif de la directive ; que, par suite, le juge des référés du tribunal administratif de Grenoble a pu, sans commettre d'erreur de droit, juger que les dispositions du II de l'article 53 du Code des marchés publics étaient compatibles avec les objectifs de cette directive » […].

6. CE 6/04/2007, n° 298584, Département de l'Isère, rapportée dans AJDA n° 16/2007, voir aussi les commentaires de Jean-Paul Piétri, Contrats et marchés publics n° 6/2007 contribution n° 171 et ceux de Dominique Fausser dans e-RJCP n° 13.

La circulaire Bérégovoy-Marchand du 25 septembre 1991 encourageait le choix du mieux-disant sur la base de cinq critères explicites[7], dont elle donnait des exemples détaillés, dont certains conservent toute leur pertinence.

La qualification professionnelle des entreprises ne peut pas être un critère de sélection des offres

Dans un arrêt « Société Bertele » n° 273783 du 29 décembre 2006, le Conseil d'État a sanctionné un pouvoir adjudicateur qui, sur la base du Code antérieur à 2001, applicable en l'espèce, avait choisi dans son règlement de consultation « les critères suivants classés par ordre décroissant d'importance : qualification professionnelle, prix, présentation d'un planning professionnel conforme aux prescriptions des délais repris à l'article 2-6, cotation Banque de France H-4-8 » : « qu'il résulte de ce qui précède que ce règlement est illégal en ce qu'il retient, en méconnaissance des dispositions du Code des marchés publics, comme premier critère de sélection des offres, la qualification professionnelle des entreprises, cette dernière ne pouvant être utilisée contrairement à ce que soutient la commune de Lens comme un critère additionnel à ceux mentionnés par le Code des marchés publics ; que, par suite, la cour a commis une erreur de droit en jugeant qu'en application de ce règlement, la commission d'appel d'offres aurait pu à bon droit se fonder sur le critère de qualification professionnelle pour rejeter l'offre de la société Bertele et que, par suite, cette dernière ne pouvait être indemnisée de son manque à gagner en l'absence de chance sérieuse d'obtenir le marché ; que cette société est, dès lors, fondée à demander l'annulation de l'arrêt de la cour en tant qu'il a rejeté ses conclusions relatives à ce chef de préjudice ».

7. Les garanties professionnelles et financières [*aujourd'hui critère de candidature, note de l'auteur*], la valeur technique de l'offre, le délai d'exécution, le coût d'utilisation, le prix, les autres critères fixés par le règlement de consultation.

4.2.2 La combinaison de plusieurs critères

L'acheteur est libre de choisir les critères d'attribution du marché, dans l'optique de l'objet de celui-ci. Les critères sont donc directement liés à l'objet même du marché, mais aussi à la nature du contrat. Se basant sur des analyses de François Aymard-Duvernay[8], Cyrille Emery, alors chef du service marché d'une collectivité territoriale et maintenant rédacteur en chef adjoint d'un grand hebdomadaire bien connu des cercles de la commande publique, distinguait deux types de contrats[9] :

- les « contrats transactionnels » ou « contrats complets » : « lorsque la nature du bien à échanger est fixée par le contrat, peu importe l'identité du vendeur. Rien n'empêche que le contrat circule, le producteur effectif pouvant être distinct du vendeur final ». Ces contrats concernent l'achat de fournitures courantes, « sur étagères », en une seule fois ;
- les « contrats relationnels » ou « contrats incomplets » : lorsque l'évaluation ne porte pas seulement sur le produit, mais aussi sur la « capacité attachée à l'entité (individu ou entreprise) dont émane le produit ou le service », ainsi qu'une relation correspondant à « un ensemble de prestations étalées dans le temps ».

Dans le premier cas, le ou les critères portent sur le seul produit ; dans le second, sur le produit et le vendeur, à savoir sa capacité à délivrer la quantité et la qualité désirées dans la durée, au moment voulu. Dans la mesure où le choix intervient par définition, préalablement à tout début d'exécution, l'acheteur doit prendre certaines précautions en choisissant des critères adaptés (tableau 4.1).

4.2.3 Les critères « classiques »

■ *Les nouveaux critères apparus avec le Code 2006*

Le nouveau Code donne une liste non exhaustive de critères d'attribution, dont certains sont apparus à l'occasion de la réforme. Le

8. *Coordination des échanges par l'entreprise et qualités des biens, L'analyse économique des conventions*, François Aymard-Duvernay, PUF 2003, p. 335.
9. « Définir les critères de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse », C. Emery, CP-ACCP n° 39 p. 32.

Tableau 4.1 Critères et type de contrat

Source : C. Emery, « Définir les critères de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse », CP-ACCP n° 39, p. 33

	Contrat transactionnel	Contrat relationnel
Exemple	– Achat non répétitif d'un produit « sur étagère » ; – fourniture courante sur la définition de laquelle l'acheteur n'a aucune prise.	– Marchés à bons de commande ; – contrat d'entreprise (marché de travaux) : – contrats de services.
Critères d'attribution	– Qualités intrinsèques du produit ; – indifférence à l'offreur (vendeur ou revendeur).	– Qualités intrinsèques du produit ou du service ; – importance de l'offreur.
Critères d'attribution liés à l'offreur[10] (1)	Sans objet	– Référentiel qualité sur l'accompagnement de la relation contractuelle ; – modalités de délivrance du produit ou du service ; – service après-vente (SAV) ; – hot line ; – délais d'intervention ; – etc.

critère de coût global d'utilisation procède de la démarche du mieux-disant que nous défendons. Toutefois, sa place au niveau des critères d'attribution paraît difficile à mettre en œuvre dans la pratique, car elle semble participer de deux démarches distinctes : la notion de coût global d'une part, qui relève de la définition du besoin, et conditionne notamment les choix techniques, la notion de coût d'utilisation d'autre part, dont le contenu dépend de la nature de la prestation achetée et du choix technique arrêté lors de la définition du besoin (voir *infra*). Lors de l'analyse des offres, le prix, correspondant aux crédits budgétaires nécessaires pour l'exécution du marché, est un critère incontournable, sauf dans certains cas très particuliers (voir *infra*). Pour la prise en compte

10. Il est important de rappeler que les capacités minimales attendues sur les plans technique, financier et humain doivent avoir été jugées au stade des candidatures. Il s'agit au stade des offres d'apprécier ce que propose l'offreur au-delà de ces caractéristiques minimales, et par rapport à ses concurrents.

du « coût global », un critère de « coût d'exécution », qualitatif au moment du choix des offres, peut être mis en œuvre. On a ainsi une démarche de coût global dans le choix (les éléments de coût relatifs aux conditions de préparation du contrat et d'exploitation de celui-ci par la personne publique sont étrangers au choix de l'offre proprement dit).

■ *Le critère prix*

Le critère prix doit obligatoirement figurer dans la liste des critères servant à déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. Il concerne le seul montant initial du marché, c'est-à-dire le prix forfaitaire ou le bordereau des prix unitaires.

Comme on a pu le voir au chapitre premier, le prix ou montant initial ne représente qu'une partie du coût total de la prestation achetée. Un document des Nations Unies destiné aux acheteurs publics[11] recommande : « L'acheteur ne peut avoir pour seul objectif le respect de son budget d'investissement. En effet, il doit être capable de se projeter dans l'utilisation du bien et intégrer les coûts d'entretien et d'utilisation dans son analyse. Acheter bon marché un bien coûteux à entretenir est un calcul à court terme qui se révèle extrêmement onéreux dans le temps. Mettre en œuvre une construction 30 % plus coûteuse qu'une autre, mais de durée de vie deux fois supérieure peut s'avérer un choix judicieux en vue globale. »

Quelle acception pour le critère du prix ?[12]

Le Code est muet sur le contenu du critère du prix, c'est-à-dire sur les éléments retenus par l'acheteur devant faire l'objet d'une comparaison. Lorsqu'il s'agit de la réalisation d'un ouvrage ou d'une prestation de service à un prix forfaitaire, montant initial du marché, c'est clair : ce sont les différents montants initiaux proposés qui seront comparés, selon un système de notation préalablement arrêté par l'acheteur (voir *infra* 6.2.4). Mais que choisir en cas de marchés à bons de commandes, avec des prix unitaires portant sur de nombreux

11. *Guide à l'attention des acheteurs publics – Achetez un résultat*, CNUCED/OMC (CCI), *Le Moniteur des travaux publics*, juin 2002.
12. Source : Jean-Arthur Pinçon, article « Les deux trous noirs du Code », « Acheteurs publics » 2006.

articles différents (fournitures, consommables, prestations de maintenance, prestations informatiques…) ? Les solutions possibles seraient sur la base :

- du produit le plus acheté ;
- de la moyenne des prix proposés ;
- du taux de la remise sur catalogue ;
- d'un panier moyen fondé sur le passé ou un prévisionnel objectif qui intègre soit la totalité soit les principaux éléments selon la loi de Pareto (20 % des produits achetés correspondent à 80 % du prix payé) ;
- d'une hypothèse d'école qui prend en compte un nombre prévisible par items du bordereau des prix et qui permet de faire un cumul des prix multipliés par le nombre.

Généralement, le règlement de la consultation demandera la production d'un détail des quantités estimatives (DQE), non contractuel, dont l'utilisation ne sert qu'à la comparaison des offres sur le critère du prix. Ce document représente tout simplement le chiffrage, à partir du bordereau des prix unitaires proposé par le candidat, d'une commande « type », non contractuelle, spécifiée dans le règlement de la consultation. Ce document doit préciser le contenu et l'utilisation du DQE.

Que faire en cas de marché à tranches conditionnelles : choisir sur la seule tranche ferme revient à ne pas tenir compte d'une part souvent très importante du marché, même si elle reste virtuelle au moment du choix des offres (l'engagement n'est définitif qu'après affermissement de chaque tranche, la notification du marché ne confère aucun droit au titulaire sur les tranches conditionnelles, autre que ceux liés à l'indemnisation pour non affermissement ou affermissement retardé, si ces cas sont contractuellement prévus).

- On pourrait définir une formule de calcul qui intègre la probabilité que l'événement conditionnel ait lieu et de calculer ainsi un total en K€.

Afin de respecter le principe de transparence, il semble nécessaire voire indispensable que l'acheteur indique, au moins dans le règlement de consultation (ou bien dès l'avis de publicité), le contenu qu'il entend donner au critère du prix.

Exemple de la rédaction du règlement de consultation d'une administration centrale, concernant la mise en œuvre du critère prix (marché à bons de commande de fournitures de bureau)

– « Le prix : il sera calculé à partir des grilles jointes en annexe [à l'acte d'engagement], et sur le cumul des quantités indicatives x PU HT x % remise ;
– les prix unitaires HT doivent être ceux proposés dans le catalogue grand public ;
– le pourcentage de remise proposée devra s'appliquer à l'ensemble des articles. Un pourcentage de remise unique devra donc être proposé pour chacun des lots ».

Nonobstant les réserves évoquées plus haut, le critère prix ne peut s'envisager seul que pour des prestations très courantes et standardisées, dès lors qu'aucune autre fonction identifiée dans l'analyse du besoin ne peut faire l'objet d'un second critère.

Exemple : achat de fournitures de bureau

Produit standard, la qualité minimale est définie dans le cahier des charges ainsi que le niveau de qualité requis ; les livraisons sont à échéance fixée au marché (délai de livraison = condition d'exécution, un délai plus rapide n'apportant pas de plus-value à l'organisation et au fonctionnement du service).

Le critère unique du prix

Dans la jurisprudence du Conseil d'État, déjà citée, « département de l'Isère », le juge a estimé que le choix du seul critère du prix dans le cas d'un marché de travaux publics était inadapté, compte tenu de la complexité des travaux demandés, qui justifiaient le choix multicritères du mieux-disant plutôt que du seul moins-disant. On en revient à la lettre de Vauban à Louvois… « considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que les travaux de réalisation d'un itinéraire alternatif à la route départementale RD 1075 sur la commune de Morestel comprenaient la construction d'un barreau de liaison, d'un carrefour giratoire et d'un ouvrage d'assainissement ; que compte tenu de la complexité de ces travaux, souverainement appréciée par le juge des référés, celui-ci a pu en déduire, sans commettre d'erreur de droit, que le département avait méconnu les dispositions de l'article 53 du Code des marchés publics, et ainsi ses obligations de mise en

> concurrence, en retenant le seul critère du prix pour apprécier l'offre économiquement la plus avantageuse » […].
>
> **Peut-on s'affranchir du critère du prix ?**
>
> Dans certains cas très particuliers, il est possible de ne pas utiliser le prix parmi les critères de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. En effet, l'article 1[er] du Code donne la définition des marchés publics comme des contrats « à titre onéreux » ayant pour but l'acquisition par un pouvoir adjudicateur de « travaux, de fournitures ou de services ». Dans une affaire soumise au Conseil d'État, une collectivité (la ville de Toulouse) avait passé un marché de mobilier urbain pour lequel la rémunération du titulaire (la société J.-C. Decaux), comme d'usage dans ces contrats, était assurée par les revenus tirés des publicités apposées sur ces mobiliers, correspondant à un abandon de ressources par la collectivité, assimilé par le juge au paiement d'un prix. Ainsi que le commente le professeur Rolin, « dans l'affaire qui était soumise au Conseil d'État, la collectivité publique avait imposé le niveau de la redevance domaniale qui devait être payée par le titulaire du marché, elle n'avait par ailleurs aucune somme à débourser conformément à la logique des marchés de mobilier urbain qui font intervenir un système de rémunération du cocontractant perçu sur des tiers. Dans ce contexte, il est logique de considérer que le prix n'est pas une modalité de détermination de l'offre la plus avantageuse. Mais, les contrats ayant cette structure de financement sont fort rares. En règle générale la prestation obtenue par l'administration aura pour celle-ci un coût direct. Dans ces derniers cas, je vois mal comment le critère du prix pourrait être éludé ».

Entretien avec le professeur Rolin (http://frederic-rolin.blogspirit.com/) sur www.achatpublic.com le 1[er] juin 2006 à propos de l'arrêt du Conseil d'État du 28 avril 2006 n° 280197, « Commune de Toulouse »

La circulaire Bérégovoy-Marchand, déjà citée, rappelait « que la solution qui consiste à privilégier de manière exclusive le critère du prix et à choisir systématiquement l'offre la moins-disante au détriment […] des autres critères prévus par les textes […] ne peut être considérée comme conforme à l'esprit et à la lettre de la réglementation […] Elle risque de conduire, par ailleurs, fréquemment, à des dépassements ultérieurs par rapport au marché initial. De

surcroît, en limitant à ce seul critère le choix du maître d'ouvrage, elle peut faciliter d'éventuelles ententes entre des fournisseurs. »

Cette même circulaire détaille les exigences à faire figurer dans la consultation, afin de pouvoir réellement comparer les prix proposés :

- « des sous-détails de prix mettant en évidence le contenu de ces prix en indiquant :
- • les déboursés ou frais directs, décomposés en dépenses de salaires et indemnités de personnel, charges salariales, dépenses de matériaux et de matières consommables, dépenses de matériels ;
- • les frais généraux, d'une part, les impôts et taxes autres que la TVA, d'autre part, exprimés par des pourcentages des déboursés définis ci-dessus ;
- • la marge pour risques et bénéfices, exprimée par un pourcentage de l'ensemble des deux postes précédents.
- le cadre de la décomposition de prix forfaitaire ou du prix global et forfaitaire pour chaque nature d'ouvrage ou pour chaque ouvrage, en indiquant la quantité à effectuer et le prix unitaire correspondant. »

> Le sous-détail de prix unitaire ainsi que la décomposition du prix forfaitaire sont des outils de comparaison et d'analyse. Ils peuvent permettre de détecter une offre anormalement basse (poste de coût non renseigné ou manifestement sous-évalué, en comparaison de l'estimation de l'acheteur et/ou des autres offres). Ce sont également des outils de négociation (voir *infra*, chapitre II.7.5). L'expérience quotidienne prouve que le moins-disant a la « peau dure » : bien souvent, les acheteurs publics (mais aussi les organismes de contrôle) se fixent sur le seul prix d'acquisition et souhaitent avoir une offre parfaite et, si l'on force (à peine) le trait, de préférence quasiment gratuite ! L'acheteur public doit savoir que toute prestation a un coût qui lui sera fatalement répercuté. Par ailleurs, la vie du marché ne s'arrête pas à sa notification : un produit industriel ou un ouvrage aura un coût de fonctionnement, élément encore trop souvent négligé. Les « économies » sur le prix d'acquisition (critère du prix lors du jugement des offres) se feront peut-être

au détriment de la qualité, dont la médiocrité pourra faire l'objet de dépenses supplémentaires par la suite, ou au profit d'un coût de fonctionnement élevé qui sera supporté pendant toutes les années de service du produit ou de l'ouvrage. Y a-t-il eu, dans l'analyse préalable du besoin, une étude prospective en coût complet du réel prix du produit ou de l'ouvrage, lorsqu'il arrivera en fin de vie (coût d'acquisition + coût de fonctionnement total) ? Les financiers répondront : « ce n'est pas le même budget fonctionnement/investissement. » Cette réponse n'est plus pertinente concernant l'État, depuis l'entrée en vigueur de la LOLF.[13]

■ *Le critère « valeur technique »*

Ce critère est très fréquemment employé, à tel point que l'on pourrait le qualifier de « galvaudé ». En effet, que signifie valeur technique, selon qu'il s'agisse de travaux de construction, de rénovation, de fournitures ou de services, voire de marchés industriels ? Il va sans dire que ce critère doit être explicité, les documents de la consultation indiquant d'une façon générale ce que l'acheteur entend par valeur technique.

L'approche de la circulaire Bérégovoy-Marchand

« Des indications sur la provenance des matériaux ;

- un programme d'exécution des ouvrages et la durée approximative de chaque phase ;
- l'indication des procédés d'exécution envisagés et les moyens qui seront utilisés ;
- les mesures prises pour assurer l'hygiène et la sécurité sur le chantier ;
- les mesures prises pour la réduction des nuisances (exemple : propreté du chantier en site urbain : type des palissades, fréquence de nettoyage des engins…) […] ».

---

13. Loi organique portant préparation et exécution des lois de finances du 1er août 2001, prévoyant un budget articlué autour de missions et de programmes, axés sur la réalisation de politiques publiques avec indicateurs de suivi des résultats (mesures d'efficience et d'efficacité). Les crédits sont, sous certaines conditions, fongibles à l'intérieur des programmes. Le mur infranchissable entre dépenses de fonctionnement et d'investissement a été abattu.

On peut constater que cette approche est très connotée « travaux ». De plus, il ne faut pas plaquer les critères directement, ils doivent découler de la définition du besoin et de l'établissement du cahier des charges : dès lors qu'une obligation figure dans le cahier des charges, l'offre doit la respecter. Si c'est un minimum et que la collectivité voit une plus-value dans une proposition allant plus loin, on pourra en tenir compte en critère d'attribution pour classer entre elles les différentes offres. Si en revanche sur un de ces points, une proposition dépassant les exigences n'apporte pas de plus-value, elle n'est qu'une sur-qualité et n'a pas à être prise en compte.

La conformité au cahier des charges ne saurait être un critère : en effet, la non-conformité doit entraîner le rejet de l'offre, dans une procédure d'appel d'offres.

Exemple

Dans la pratique, le CdCF représente une aide appréciable pour déterminer les critères de manière certaine et détaillée. À partir de l'étude du GPEM[14] sur les contrats publics de restauration collective, on prendra l'exemple des plateaux de self service, dont la fiche CdCF est représentée dans l'exemple I.4.1.

L'analyse de ce document qui traduit l'expression fonctionnelle du besoin, conduit aux conclusions suivantes :

Certaines caractéristiques sont jugées indispensables et dépourvues de flexibilité (F = 0) ; elles concernent dans le cas d'espèce des questions de normes impératives ou de sécurité. Elles se traduiront par des conditions d'exécution ou de conformité, leur non-satisfaction entraînant le rejet de l'offre.

D'autres caractéristiques ou fonctionnalités sont assorties d'une flexibilité, qui permettra une appréciation qualitative. On les retrouvera dans les critères d'attribution, en tant que sous-critères de la valeur technique ou bien d'autres critères.

Ainsi, on peut retrouver dans cet exemple, des fonctions :

– de valeur d'usage : adaptation à une utilisation intensive, résistance aux chocs pour lesquels l'acheteur souhaite une performance telle que

14. Groupe permanent d'étude des marchés, *Guide des contrats publics de restauration collective*, CdCF, 2005. Disponible aux Journaux officiels ou sur internet, Portail des marchés publics, guides et recommandations, guides GPEM-Denrées alimentaires : http://www.minefi.gouv.fr/daj/guide/gpem/table.html.

définie dans la norme NF T 54801, ainsi que les garanties spécifiques des fabricants, la bonne tenue au séchage (bossages) et enfin sa gestion (marquage) et son adaptation à l'environnement (dimension, poids) ;

– de valeur d'estime : esthétique (conservation de l'aspect originel, personnalisation, logo, décors).

Sur le plan du choix des critères, l'acheteur pourra définir par exemple :

– la valeur technique
  - sous-critères : adaptation du produit à son utilisation
    - ❍ adaptation à une utilisation intensive ;
    - ❍ résistance aux chocs ;
    - ❍ résistance au tachage ;
    - ❍ résistance aux bossages de séchage ;
    - ❍ gestion du produit ;
    - ❍ marquage au dos ;
  - adaptation du produit à son environnement
  - adaptation à l'utilisateur ;
  - qualités esthétiques ;
    - ❍ conservation de l'aspect originel ;
    - ❍ personnalisable, logos collectivités de rattachement ;
    - ❍ choix de décors.

Tous ces points sont arrêtés lors de la définition préalable du besoin, en tenant compte de l'expérience, de l'avis des utilisateurs (enquête préalable, études, participation à des réunions, etc.), des contraintes d'environnement, des contraintes budgétaires,…

■ *Le critère « délai d'exécution »*

Ce critère mérite d'être clairement défini. Dans le cas de fournitures, on parlera de délai de livraison. Pour un marché de fabrications (marché industriel), on pourra détailler des délais de production. Concernant les travaux ou les services, il s'agira d'un délai de construction, de réalisation, d'exécution. Ces différents délais seront définis et le cas échéant, détaillés, car pouvant varier selon le type de prestation.

Exemple : maintenance informatique

Pour un marché de maintenance informatique par exemple, « les pratiques des prestataires en la matière garantissent, selon les cas, soit un délai de remise en service après incident (cas fréquent pour la maintenance

matérielle), soit un délai de prise en compte et/ou d'intervention (cas fréquent pour la maintenance logicielle). »[15]

Le plus souvent, le délai est une clause du cahier des charges, découlant de l'expression du besoin : c'est donc une condition d'exécution dont le non-respect lors de la soumission entraîne le rejet de l'offre. L'acheteur va déterminer ce délai en fonction des attentes des utilisateurs, d'une analyse des risques et d'un compromis raisonnable. L'acheteur peut aussi laisser libre le délai d'exécution, celui-ci entrant dans les engagements contractuels des candidats : la meilleure offre sur ce critère propose le délai le plus court. Il pourra toutefois assortir ce délai d'un plafond, condition d'exécution du marché, correspondant au délai maximum acceptable.

Lors de l'analyse des offres, on vérifiera la crédibilité du délai annoncé, en regard des prestations commandées et des références et garanties présentées par les entreprises avec leur candidature.

Le critère délai s'évalue en nombre de jours. Ce peut être un délai de livraison de fournitures, un délai d'intervention pour des opérations de maintenance. Dans ce dernier cas, il peut y avoir des délais différents selon le type d'intervention, on définira alors des sous-critères, correspondant à chaque prestation spécifique.

Il est possible de proposer des sous-critères du délai (ou de la valeur technique), correspondant à des indicateurs de satisfaction potentielle de l'acheteur, tels que, par exemple :

- l'organisation de la logistique ;
- les modalités de traitement des commandes ;
- les moyens de secours en cas de retard ;
- les modalités de traitement des demandes exceptionnelles et/ou urgentes.

L'acheteur doit veiller plus particulièrement, dans un marché pour lequel le délai d'exécution est un critère de choix, à ce que le cahier des charges prévoie des pénalités pour retard dans l'exécution. Par la suite, tout retard devra être sanctionné par des pénalités. Les éventuelles remises gracieuses, accordées par la personne délégataire de

15. *Définition des besoins pour les achats informatiques : le casse-tête ?,* par Éric Julliard, *CP-ACCP* n° 47, septembre 2005, p. 49.

Tableau 4.2 Exemple : Plateaux

Source : *Guide GPEM des contrats publics de restauration collective*

Fonctions générales	N°	Fonctions principales	Critères d'appréciation	Niveau	F
Respecter la réglementation	0	– Se conformer aux exigences réglementaires	– Respect de la directive matériaux aux contacts alimentaires	Directive 89/109/CE	**0**
Adapter l'usage et la durabilité	1 2	– Être adapté à une utilisation intensive ; – résister aux chocs.	– Norme NF plateau libre service ou équivalent ; – renforcé dans la masse sans adjonction de matériaux extérieurs ; – coins sur-renforcés.	NF T 54801 NF T 54801 + garanties des fabricants	***1*** ***1*** ***1***
	3	– Résister à l'abrasion.	– Surface dure.	E 75100	**0**
	4	– Résister au tachage.	– Essais plateau seul et plateau chargé.	NF T 54801	***1***
	5	– Être rigide	– Essais plateau seul et plateau chargé	NF T 54801	**0**
	6 7	– Être nettoyable : surface lisse et non poreuse ; – garanti lave-vaisselle ; – séchage rapide.	– Dimensions compatibles au lave-vaisselle ; – résistance à la chaleur ; – résistance aux produits lessiviels ; – rossages de séchage.	NF T 54801 NF T 54801	**0** **0** **0** ***1***
Être gérable	8 9	– Être empilable ; – être identifiable.	– Stabilité et poids des piles ; – marquage au dos.		**0** ***2***

Tableau 4.2 Exemple : Plateaux (fin)

Fonctions générales	N°	Fonctions principales	Critères d'appréciation	Niveau	F
Assurer la sécurité physique	10	– Ne pas agresser les mains.	– Absence d'arête vive ou tranchante.		**0**
S'adapter à l'environnement	11	– Être adapté à l'utilisateur.	– Dimensions et poids.		***1***
	12	– Être esthétique	– Conserver son aspect originel ; – Personnalisable, logo collectivités de rattachement ; – Choix de décors		***1*** ***2*** ***3***
	13	– Être adapté aux tables.	– Forme, dimensions		**0**
	14	– Être adapté à la ligne de self et à la manutention.	– Dimensions, forme, poids.		**0**

Colonne F (flexibilité) : 0 = performance impérative – 1 = performance souhaitable – 2 = proposition améliorant la compétitivité globale du produit – 3 = liberté de proposition.

0 en colonne F = CCTP : condition d'exécution (non-respect = offre irrecevable).
Chiffres en *italique* en colonne F = appréciation qualitative (sous-critères de la valeur technique)

l'autorité compétente pouvoir adjudicateur (Ministre ou assemblée délibérante) doivent être dûment motivées. En effet, dans ce cas, le fait de ne pas sanctionner le prestataire reviendrait à une irrégularité en regard de l'égalité de traitement des candidats. Les autres candidats, plus réalistes (ou plus honnêtes) qui n'auraient pas été choisis compte tenu de leurs délais plus longs, se retrouveraient pénalisés du fait de l'exécution même du marché.

C'est pourquoi ce critère « délai » doit être manié avec de grandes précautions, certains prestataires pouvant être tentés de proposer des délais très séduisants (mais irréalistes) afin d'emporter le marché, au détriment d'autres candidats plus responsables qui auraient proposé des délais plus adaptés à la prestation, mais plus longs. Une telle situation n'est pas sans analogie avec le principe des « offres anormalement basses » (voir *infra*). On ne peut que conseiller à l'acheteur de déterminer, lors de l'analyse du besoin, le délai le plus court possible, toute proposition inférieure déclenchant une demande de précision et, éventuellement, un écrêtement de la note (voir *infra*, chapitre 6.2.2).

■ ***Le critère « coût d'utilisation »***

Ce critère peut être pertinent dans l'achat de tout bien durable : constructions, fournitures (spécifiques ou courantes). Le coût d'utilisation ou de fonctionnement participe directement au principe de l'offre économiquement la plus avantageuse. Le prix concerne, on l'a vu, le montant initial du marché : c'est lui le plus souvent qui retient l'attention. De plus, les coûts de fonctionnement ultérieurement induits par l'achat sont souvent supportés par une ligne budgétaire, voire une nature de dépense différente (crédits d'investissement pour l'achat, crédits de fonctionnement pour l'utilisation).

Le coût d'utilisation peut recouvrir des sous-critères tels que le coût des pièces détachées, l'étendue et les conditions de la garantie proposée, la consommation des flux nécessaires au fonctionnement du produit (électricité, carburant…). (voir *supra*, chapitre 1.2).

> **Un prix d'achat attractif ne doit pas cacher un coût d'utilisation excessif qui réduira à néant le gain sur l'achat initial, d'où la démarche de coût global préconisée.**

Exemple : achat de matériel de climatisation

Tout achat d'un matériel consommant des flux doit intégrer un critère coût d'utilisation. Pour un climatiseur, il intégrera le niveau de consommation électrique, la fréquence et le prix de rechargement en gaz réfrigérant. Le choix technique d'un système *inverter* sur le climatiseur peut représenter un surcoût à l'achat, mais une économie sur la durée du fait d'un coût d'utilisation plus faible, car ce système régule au plus près le fonctionnement et donc la consommation d'électricité, en fonction de la température choisie. Le handicap sur le critère prix pourra être compensé par un avantage sur le coût d'utilisation, qui a lui aussi une incidence budgétaire directe. On fera l'estimation sur les consommations prévues au cours de la durée d'amortissement du matériel, en intégrant les inévitables hausses des flux énergétiques (généralement supérieures à l'inflation). Le coût d'intervention, de pièces détachées et la garantie pourront faire l'objet d'un autre critère spécifique (garantie et maintenance).

Le choix se fera sur la comparaison, par exemple, du coût de fonctionnement sur deux ans.

■ *Le critère esthétique et fonctionnel*

Le « caractère esthétique et fonctionnel » est cité dans la directive 2004-18[16] ainsi que dans le décret portant Code des marchés publics. Comment utiliser ces critères ? Il convient d'abord de savoir quelle acception revêt cette notion.

> **La définition du qualificatif esthétique est « se dit de ce qui concerne le beau, ou de ce qui se rapporte au sentiment du beau », le « beau » étant « remarquable par les proportions, qui plaît à la vue (définitions Littré) ; « qui a une certaine beauté, agréable à voir » (définition Larousse). L'adjectif « fonctionnel » se dit de ce qui « s'adapte exactement à une fonction déterminée, bien adapté à son but » (définition Larousse). Le caractère fonctionnel, si l'on s'en tient à la définition littéraire, correspond à une offre qui remplit les fonctions jugées nécessaires lors de la définition du besoin. La version anglaise de la directive 2004-17 est intéressante, car elle cite les « *aesthetical and functional characteristics* ». Pour le terme « *functional* », le dictionnaire *Harrap's Shorter* définit : « *practical and useful ; not decorative ; able to work* ».[17]**

16. …et l'était déjà dans les précédentes directives « marchés ».
17. Pratique et utile ; non décoratif ; apte à l'emploi.

Le résultat de cette analyse littéraire semble signifier que ces deux adjectifs recouvrent une réalité différente voire contradictoire, et devraient être utilisés ensemble, en tant que critère. Ceci signifierait que le caractère esthétique d'une offre ne peut être dissocié de sa nécessité d'être d'un usage conforme aux dispositions souhaitées par le marché, le caractère esthétique étant nécessairement conditionné par la fonctionnalité du produit ou de l'ouvrage. L'aspect très subjectif de ce critère nécessitera l'emploi de certaines techniques de notation, développées au chapitre 6.2.2.

Marcel Dassault disait que pour qu'un avion vole bien, il fallait qu'il soit beau (ce qui est du reste vérifié dans les magnifiques avions que ce grand ingénieur a créés). On trouve ici l'application de l'esthétique (l'avion est beau) et du fonctionnel (il vole bien, donc remplit sa fonction, et cela justement parce qu'il est beau). Dans certains cas, on peut considérer que l'esthétique est déterminante pour conditionner le fonctionnel, c'est-à-dire la parfaite adaptation au besoin, aux finalités recherchées. Les applications n'en sont pas si fréquentes en achat public, on pourra toutefois citer les exemples suivants :

- l'harmonie et l'intégration d'une construction dans son environnement, qui renvoie une image d'excellence et d'innovation technique (hangar *high tech* à façade inox), de respectabilité (tribunal de grande instance), de savoir et de modernité (bibliothèque, médiathèque)… ;
- l'adaptation d'un logo ou d'une charte graphique aux messages que l'on souhaite faire passer (ancrage géographique et historique d'une collectivité, modernisme et actualité d'une institution dynamique…) ;
- l'ergonomie et la respectabilité d'un uniforme de militaire ou de policier, etc.

Critère esthétique et obligations de transparence

Ainsi que l'a déterminé le juge européen[18], un critère de choix « ne peut conférer à l'acheteur un pouvoir inconditionnel de choix ». Il est donc essentiel de décrire, dans les documents de

18. CJCE du 19 septembre 2002, HKL Concordia Bus Finland, n° C513/99, voir *infra*.

> la consultation, ce que le pouvoir adjudicateur entend et attend en matière de qualités esthétiques. Le Conseil d'État en a déterminé ainsi à propos de la présence d'un critère de nature esthétique, non précisément défini : « Considérant qu'il résulte de l'instruction que la commune de Toulouse a retenu trois critères d'attribution du marché portant sur les qualités esthétiques, la qualité de l'entretien (maintenance et nettoyage) et les qualités techniques du mobilier ; qu'elle a pondéré ces critères à hauteur respectivement de 50 %, 30 % et 20 % ; que la commune de Toulouse, qui était libre de choisir les critères d'attribution du marché dès lors qu'ils lui permettaient de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, pouvait, eu égard à l'objet du marché, retenir le critère esthétique ; que toutefois, en donnant à ce critère une place prépondérante sans fournir, ni dans les documents contractuels, ni dans sa réponse du 9 décembre 2004 à la demande de renseignements de la société Jean-Claude Decaux, aucune indication sur ses attentes en la matière, la commune de Toulouse, à laquelle l'appréciation du critère esthétique a ainsi conféré en l'espèce une liberté de choix discrétionnaire, n'a pas, par suite, organisé un examen des offres garantissant l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure ; que la commune a donc manqué aux obligations de mise en concurrence qui lui incombaient ».

Conseil d'État, 28 avril 2006, n° 280197, « Commune de Toulouse »
Commentaire de Christophe Belleuvre sur www.achatpublic.com, 5 mai 2006 et entretien avec le professeur Rolin, déjà cité, le 1er juin 2006

4.2.4 Les critères environnementaux et sociaux

Comme on l'a déjà étudié, il est possible de prendre en compte des considérations relevant du développement durable, au niveau de la rédaction du cahier des charges (conditions d'exécution, prévues à l'article 14, et intégration de la préoccupation de développement durable dans la définition du besoin – art. 5, référence à des écolabels – art. 6). Sans porter d'avis sur les buts humanistes de tels critères, force est de constater l'instrumentalisation de la commande publique par les autorités législatives et réglementaires, laissant une voie très étroite à l'acheteur au milieu de multiples contraintes souvent antagonistes, le tout « sous le contrôle du juge ». En effet,

l'acheteur doit optimiser la commande qui doit être efficace, préserver les deniers publics, satisfaire le bénéficiaire final, mais aussi sauvegarder l'environnement et favoriser l'emploi… Cela semble « beaucoup pour un seul homme »…

> **Or, à l'origine, l'achat public a pour but de satisfaire un besoin d'un pouvoir adjudicateur en matière de travaux, de fournitures ou de services. C'est-à-dire pour celui-ci de se donner les moyens de remplir et d'exécuter ses missions, non pas de les reporter sur ses fournisseurs en choisissant ceux-ci sur leurs aptitudes supposées à remplir lesdites missions. Le juge administratif français, à la différence du juge européen, est longtemps resté opposé à cette démarche (voir *infra*, l'arrêt « Commune de Gravelines », représentatif de la position du Conseil d'État).**

S'il doit utiliser de tels critères, l'acheteur devra garder à l'esprit que, pour être licites, ces critères devront :

- être liés à l'objet du marché, c'est-à-dire impliquer un avantage économique propre à la prestation faisant l'objet du marché, au bénéfice direct du pouvoir adjudicateur ;
- être annoncés au préalable (avis de publicité) ;
- ne pas conférer un pouvoir de choix inconditionnel ;
- respecter l'égalité des candidats ;
- ne pas faire obstacle à la liberté d'accès à la commande publique.

Mais aussi, pour être efficaces, ils devront :

- permettre une concurrence suffisante (et éviter les marchés infructueux) ;
- garantir la bonne utilisation des deniers publics.

Il sera intéressant de suivre la pratique à venir de l'utilisation de tels critères, ainsi que la jurisprudence qu'ils ne manqueront pas de provoquer. On notera la création par arrêté interministériel du 9 janvier 2004, du Groupe permanent d'étude des marchés (GPEM) « Développement durable, environnement ». Ce comité a, en particulier, préparé le guide « Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées » publié en août 2007.

Conscients de difficultés de mise en œuvre, des élus et des acheteurs publics (en particulier des collectivités territoriales) ont créé

des réseaux plus ou moins informels d'échanges d'expérience et de bonnes pratiques (http://www.achatsresponsables.com).

■ *Le critère environnemental*

Entrée en scène des critères environnementaux avec le Code 2004, rejoignant la position de la juridiction européenne qui a entériné le principe de prise en compte d'un critère de choix environnemental, sous certaines conditions.

> **CJCE 17/09/2002, HKL – Concordia bus Finland**
>
> Les critères de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse doivent :
>
> – être liés à l'objet du marché ;
>
> – ne pas conférer au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix ;
>
> – respecter les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination.
>
> Cependant, si un critère doit être lié à l'objet du marché, il n'est pas exclu par la cour que des facteurs qui ne sont pas eux-mêmes purement économiques puissent permettre d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse.

Par ailleurs, il est indispensable que ce critère soit défini et annoncé au départ, et non mis en œuvre en cours de procédure.

> **Arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris, 20 juillet 2004, société Sita Ile-de-France, n° 03PA01986[19]**
>
> La commission qui départage les offres des candidats à un appel d'offres sur la base d'un critère additionnel, non prévu par le règlement de consultation et ne figurant dans aucun document du marché, commet une erreur de droit.
>
> Lors de la mise en concurrence d'un marché de collecte des ordures ménagères, si la protection de l'environnement a été liée à l'utilisation de moteurs ayant les émissions polluantes les

19. Voir commentaire dans AJDA n° 2/2005 p. 95, V. Maïm, Commissaire du gouvernement ; AJDA n° 39/2004, *Contrats et marchés publics* n° 11/2004, commentaire F. Ollivier, n° 225.

plus basses, la CAO porte atteinte à l'égalité entre les candidats en départageant les offres sur la nature des moteurs équipant les véhicules (critère additionnel non prévu de la nature de la motorisation choisie, ayant pour effet de choisir la société Sita au détriment de la société Nicollin dont l'offre était meilleure en regard des critères officiels).

La commission européenne avait précédemment rédigé une communication interprétative[20] pour l'utilisation de critères de choix environnementaux pour les marchés publics. Cette contribution s'appuie sur les anciennes directives qui n'évoquaient pas le critère environnemental. La Commission donne donc des pistes, toujours subordonnées à la condition de ne pas introduire de discrimination :

- **conception de l'objet du marché** : bâtiment à faible consommation énergétique, besoins du chantier en eau et électricité, prise en compte d'une étude d'impact sur l'environnement, utilisation de produits non nocifs pour l'environnement, méthode de collecte des déchets ménagers, utilisation de véhicules électriques ;
- **spécifications techniques du marché** : utilisation de bois, de matériaux recyclés, utilisation d'un processus de fabrication favorable à l'environnement (denrées issues de l'agriculture biologique, électricité « verte »), référence à des labels écologiques (européens, plurinationaux, nationaux ou même privés), processus de fabrication, de récupération et recyclage, mode d'emploi et information des consommateurs ;
- **possibilité d'utiliser des variantes** : « Les produits et services qui sont moins nocifs pour l'environnement peuvent être en règle générale plus coûteux que d'autres produits ou services. Lorsqu'ils définissent l'objet d'un marché public, les pouvoirs adjudicateurs doivent trouver un équilibre entre les considérations financières d'un côté et leurs objectifs d'achats écologiques d'autre part. L'usage de variantes permet aux pouvoirs adjudicateurs d'évaluer quelle option répond le mieux à ces impératifs. »

20. Communication interprétative de la Commission des communautés européennes du 4 juillet 2001 relative au rôle des considérations environnementales dans la passation des marchés publics.

- **sélection des candidats** : si le marché nécessite un savoir-faire particulier dans le domaine de l'environnement, au titre des capacités du candidat, exigence d'une expérience environnementale particulière, participation à un système de management environnemental (ISO 14001) ;
- **sélection des offres** : prise en considération « de tous les coûts engendrés par le produit durant l'ensemble de son cycle de vie », « internaliser les coûts externes[21] ».

> **« Lorsqu'ils utilisent cette possibilité, les pouvoirs adjudicateurs définissent tout d'abord l'objet du marché assorti d'exigences minimales. À cette définition s'ajoutent une ou plusieurs variantes prévoyant des alternatives telles que par exemple une meilleure performance environnementale ou l'usage d'un processus de production particulier, qui n'était pas requis dans les exigences minimales. »**

Communication interprétative de la Commission européenne, déjà citée

■ *Le critère social*

□ *La théorie*

Jusqu'à présent, ce type de critère n'était pas autorisé par les juridictions nationales car extérieur à la commande publique[22], ainsi que l'a notamment exposé le Conseil d'État dans l'arrêt « commune de Gravelines ». Dans cette jurisprudence, il s'agissait d'un marché ayant pour objet de réhabiliter les fossés de la forteresse de Gravelines. Parmi les critères d'attribution du marché, figurait celui-ci : « Propositions concrètes faites par le soumissionnaire en matière de création d'emploi, d'insertion et de formation ». Suivant les conclusions du Commissaire du gouvernement, M. Denis Piveteau, la juridiction a sanctionné la procédure, « la seule présence de ce critère a pu, silencieusement, exclure d'autres entreprises qui ne se sont même pas présentées ». Les deux entreprises qui avaient répondu à l'appel d'offres n'avaient absolument pas tenu compte de ce critère dans la présentation de leurs offres.

21. « Les coûts et les bénéfices qui surgissent quand les activités sociales ou économiques d'un groupe de personnes ont un impact sur un autre, et quand le premier groupe n'assume pas entièrement leur impact. »
22. Conseil d'État, commune de Gravelines, 25 juillet 2001, AJDA 1/2002 p. 46, conclusions du Commissaire du gouvernement M. Piveteau.

Au niveau européen, la question était plus nuancée. Le critère social était apparu en tant que « critère additionnel », notion développée par la Cour de justice européenne.

> La communication de la commission européenne du 4 juillet 2001, déjà citée, relative au rôle des considérations environnementales dans la passation des marchés publics, précise :
>
> « Elle est tout d'abord apparue dans l'affaire 31/87, où la Cour a soutenu qu'un tel critère (l'emploi de chômeurs de longue durée) était sans relation avec la vérification de l'aptitude économique et financière d'un candidat, de ses connaissances et de sa capacité technique et sans rapport avec les critères d'attribution énumérés dans l'article 9 de la directive. De plus, la Cour a soutenu que ce critère était néanmoins compatible avec les directives relatives aux marchés publics s'il se conforme à tous les principes pertinents du droit communautaire.
>
> Dans l'affaire C-225/98, la CJCE a estimé que (55) les pouvoirs adjudicateurs peuvent se fonder sur une condition liée à la lutte contre le chômage, pourvu qu'elle respecte tous les principes fondamentaux du droit communautaire, et seulement pour autant que ces autorités se trouvent confrontées à deux ou plusieurs offres économiquement équivalentes. En ce sens, cette condition était considérée comme un critère accessoire non déterminant après que les offres ont été comparées d'un point de vue purement économique. Enfin, quant à l'application du critère d'attribution lié à la lutte du chômage, la Cour précise que ce dernier ne doit pas avoir d'incidence directe ou indirecte à l'égard des soumissionnaires provenant d'autres États membres de la Communauté et doit être expressément mentionné dans l'avis de marché afin que les entrepreneurs soient mis en mesure d'avoir connaissance de l'existence d'une telle condition. »

Dans un premier temps, le juge européen avait sanctionné le rejet d'une entreprise qui ne satisfaisait pas à une condition d'emploi de chômeurs de longue durée, exigée par le pouvoir adjudicateur[23]. Le juge avait considéré qu'il ne s'agissait ni d'un critère de sélection en fonction des capacités de l'entreprise, ni d'un

23. CJCE 20 septembre 1988, Gebroeders Beentjes BV c/État des Pays-Bas, aff. 31/87, cité dans CP-ACCP n° 33 p. 50 (note), pp. 62 et 67 ; CP-ACCP n° 39, p. 41.

critère d'attribution. On pouvait toutefois l'assimiler à une « condition supplémentaire » compatible avec la directive, sous réserve de respecter le principe d'égalité entre les candidats. Les interprétations qui ont suivi ont prôné la limitation du « critère social » comme condition d'exécution du marché, que l'on a retrouvé dans l'article 14 du décret portant Code des marchés publics, dès la version 2001.

La juridiction européenne a précisé sa position dans l'affaire Commission c/France[24]. La région Nord — Pas-de-Calais et le département du Nord avaient introduit dans des marchés de travaux un critère additionnel lié à la lutte contre le chômage, dont la légalité était contestée par la Commission. La juridiction a considéré qu'un tel critère pouvait être licite, dans la mesure où la directive n'interdisait pas son utilisation.

La directive 2004-18 ne mentionne pas de critère social dans la liste des critères d'attribution. Cependant, dans les motifs introduisant la directive, elle admet leur utilisation : la lecture attentive de ce paragraphe laisse à penser qu'il s'agit plutôt d'une condition d'exécution, telle que l'on peut la retrouver dans l'article 14 du nouveau Code des marchés publics, que d'un critère de choix de l'offre.

Au niveau national, le Code des marchés publics 2004 a été modifié par la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005, dite loi Borloo (Plan de cohésion sociale), qui insère un critère de « performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté ». Cette disposition se retrouve, on l'a vu, dans l'article 53-II du nouveau Code.

Dans une correspondance du 26 janvier 2005[25], la Fédération nationale des travaux publics a interrogé le ministre des Finances sur les conditions pratiques d'utilisation de ce critère social. Dans une réponse du 8 avril 2005, signée par la Sous-directrice de la Commande publique (Direction des affaires juridiques, ministère des Finances), celle-ci indique « l'utilisation du critère de performances en matière d'insertion professionnelle

24. CJCE 26 septembre 2000, Commission c/République française, aff. C-225/98, CP-ACCP n° 33 et n° 39, p. 41, article d'Anne Bréville.
25. Publié sur le site www.fntp.fr, Informations n° 63, marchés publics n° 12, mis en ligne le 22 avril 2005.

est une simple faculté offerte aux personnes publiques qui souhaitent faire prévaloir les conditions d'insertion professionnelle dès le choix des offres et non plus uniquement lors de l'exécution du marché ». Elle ajoute que « le recours au critère de performances en matière d'insertion professionnelle devra, en tout état de cause, être obligatoirement justifié par l'objet du marché et apparaître dans l'avis de publicité et le règlement de consultation. On peut donc penser que ce critère ne trouvera à s'appliquer que dans le cadre de marchés publics dont l'objet principal sera de favoriser l'emploi de personnes en difficulté ».

[…] « La présente directive est fondée sur la jurisprudence de la Cour de justice, en particulier la jurisprudence relative aux critères d'attribution, qui précise les possibilités pour les pouvoirs adjudicateurs de répondre aux besoins de la collectivité publique concernée, y compris dans les domaines environnemental et/ou social, pour autant que ces critères soient liés à l'objet du marché, ne confèrent pas une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur, soient expressément mentionnés et respectent les principes fondamentaux visés au considérant 2. »

[…]

« Afin de garantir l'égalité de traitement, les critères d'attribution devraient permettre de comparer les offres et de les évaluer de manière objective. Si ces conditions sont remplies, des critères d'attribution économiques et qualitatifs, comme ceux ayant trait à la satisfaction d'exigences environnementales, peuvent permettre au pouvoir adjudicateur de répondre aux besoins de la collectivité publique concernée, tels qu'exprimés dans les spécifications du marché. C'est dans ces mêmes conditions qu'un pouvoir adjudicateur peut utiliser des critères visant à la satisfaction d'exigences sociales répondant notamment aux besoins – définis dans les spécifications du marché – propres à des catégories de population particulièrement défavorisées auxquelles appartiennent les bénéficiaires/utilisateurs des travaux, fournitures, services faisant l'objet du marché. »

Directive 2004-18/CE du 31 mars 2004, considérants (1) et (46-extrait)

Cet avis, signé d'un haut fonctionnaire, laisse dubitatif par son extrême prudence sur l'emploi et même l'intérêt du fameux critère social. Et pourtant ! Les entreprises européennes, et n'hésitons pas à le dire, françaises en particulier, sont soumises à de nombreuses contraintes sociales et environnementales qui représentent un coût important. Ce coût se traduit sur les prix proposés, même avec une productivité très élevée comme c'est le cas en France. Or, dans une économie ouverte et mondialisée, avec des principes de non-discrimination prévus dans les accords de l'Organisation mondiale

du commerce[26] et les directives européennes, donc le droit national, les offres des entreprises doivent faire l'objet d'une égalité de traitement. Mais cette égalité cache l'inégalité de traitement dans les contraintes imposées : en forçant le trait, comment une entreprise soumise notamment aux 35 heures peut-elle rivaliser avec une entreprise délocalisée soumise à très peu de contraintes ?

Le critère social peut rétablir un certain équilibre[27], tout en recherchant des buts éthiques au-delà des frontières, en évitant d'encourager des industriels pollueurs et en employant leur main-d'œuvre dans des conditions inacceptables. Le Parlement européen avait émis, dès 2001, une recommandation dans ce sens.

> « En attendant l'entrée en vigueur de la prochaine directive[28], les critères d'attribution peuvent d'ores et déjà être les suivants :
>
> L'impact sur l'emploi dans les États membres de l'Union européenne et sur la formation professionnelle des jeunes, ainsi que les contraintes sociales imposées par la législation du pays dans lequel le fournisseur ou le sous-traitant, dans l'hypothèse d'une sous-traitance de production, est établi (notamment, concernant les durées hebdomadaires du travail, la prohibition de la main-d'œuvre enfantine et du travail clandestin, le respect des droits de l'homme et l'égalité entre l'homme et la femme) : les pouvoirs adjudicateurs peuvent vérifier en particulier si les fournisseurs, et tout particulièrement leurs éventuels sous-traitants, respectent effectivement au moins la législation sociale consacrée par les conventions internationales de l'OIT […] Il convient également de signaler que des propositions d'amendements émanant plus particulièrement du Comité de l'emploi et des affaires sociales reprenaient les conventions de l'OIT formant le standard minimum comme devant être respectées par les fournisseurs ainsi que par tous les sous-traitants. »

Document Parlement européen, final A50378/2001 du 29 octobre 2001, 298 409 p. 46/95

26. Accord sur les marchés publics, AMP.
27. Voir à ce sujet l'entretien avec Mme E. Dufourcq, IGAS, déjà citée, sur www.achatpublic.com : « il ne faut pas donner d'avantage compétitif aux entreprises socialement prédatrices », le 15 décembre 2005.
28. À l'époque, les directives 2004-17 et 2004-18 n'étaient pas encore rédigées ni *a fortiori* publiées ; elles ont repris explicitement un certain nombre de ces dispositions.

☐ *L'ambivalence des critères sociaux*

Les critères sociaux seraient-ils une préférence locale-nationale déguisée ou bien le rétablissement de l'égalité entre les candidats et ainsi, un moyen de lutte contre les délocalisations ?

Avec l'élargissement se pose crûment la question de l'harmonisation fiscale et sociale ou, vu sous un autre angle, du « dumping social et fiscal ». La polémique au printemps 2005 sur le projet de directive sur les services « Bolkestein » a mis sous les projecteurs une situation déjà connue dans les marchés publics, notamment de fournitures. En effet, tout marché dépassant les seuils européens fait l'objet d'une publicité européenne. N'importe quelle entreprise de l'Union (ou d'un pays signataire de l'accord AMP) peut répondre et bénéficiera de l'égalité de traitement. Or, « côté cour », il n'y a pas égalité entre les candidats, car tous ne sont pas soumis aux mêmes charges financières et aux mêmes contraintes fiscales, sociales et de droit du travail. Les entreprises françaises ne sont pas les plus avantagées. À la suite de l'élargissement, les disparités se sont considérablement creusées, avec pour conséquence, dans certains secteurs, un handicap certain pour les entreprises ouest-européennes en général et françaises en particulier. Le fait d'introduire un critère à connotation sociale, éventuellement conjugué à des conditions d'exécution minima dans le même domaine (donc applicables en cas de sous-traitance) pourrait avoir pour effet de rééquilibrer les conditions de concurrence en faveur des entreprises originaires de pays où la réglementation est plus exigeante, tels que la France.

Vers un instrument pour restreindre l'accès des pays tiers aux marchés publics européens ?

« Les pays tiers […] ne peuvent pas considérer leur participation aux marchés publics européens comme allant de soi, à moins qu'ils soient prêts à nous offrir l'accès à leurs marchés publics. » Peter Mandelson, Commissaire en charge du commerce extérieur, a expliqué aux députés européens que le libre accès des entreprises des pays tiers aux marchés publics européens place l'UE dans une « position de faiblesse ». Il réfléchit actuellement à la faisabilité d'un « nouvel instrument extérieur » qui inciterait les pays tiers à s'engager à ouvrir leurs marchés publics ou restreindrait leur accès à la commande publique européenne.

Source : © achatpublic.com, 30/09/2005

4.2.5 Les critères des marchés d'études et de prestations intellectuelles

Les marchés de prestations intellectuelles en général, d'études en particulier, présentent la difficulté d'apprécier, *a priori*, une prestation qui par définition n'existe pas encore. On doit donc se prononcer sur une promesse de moyens, voire de résultat.

Un guide publié par le journal *Le Moniteur*[29] classe les critères de choix des prestations intellectuelles en deux catégories, distinguant les critères relatifs à :

- la mission, c'est-à-dire le contenu, les moyens pour la réaliser ;
- l'objet de la mission, soit la compréhension, la description du système.

On utilisera fréquemment, outre le prix, des critères tels que les « moyens spécifiquement dédiés à la mission », ainsi que la « méthodologie utilisée ».

- Moyens dédiés à la mission, exemples de sous-critères :
- • moyens propres – moyens externes ;
- • nature – forme de l'équipe ;
- • références – qualifications spécifiques ;
- • cohérence de l'équipe ;
- • déontologie, impartialité ;
- • période de réalisation et délais d'exécution ;
- • disponibilité (temporelle, géographique).
- Méthodologie – démarche, exemples de sous-critères :
- • clarté du phasage, des méthodes d'intervention et résultats associés ;
- • outils méthodologiques ;
- • participation éventuelle du donneur d'ordre ;

29. *Guide du meilleur achat de prestations intellectuelles*, consultable sur le site internet http://www.lemoniteur-expert.com/. Document réalisé par CICF, FFP, Syntec Conseil, Syntec Ingénierie et UNAPOC – février 1998 © *Le Moniteur* n° 4919 du 06/03/1998.

- délai d'exécution.

– Prix, exemples de sous-critères :

- décomposition du prix forfaitaire ou sous-détail de prix unitaire ;
- prix par poste ;
- prix journée, nombre de journées, type d'intervenant.

Ces exemples de critères et sous-critères doivent faire l'objet d'une pondération entre eux, en fonction de leur importance relative accordée par l'acheteur.

Les exemples étrangers de critères de choix

Le Guide romand pour l'adjudication des marchés publics[30] présente, à titre indicatif, une liste non exhaustive de critères de choix, parmi lesquels le pouvoir adjudicateur peut choisir les critères opportuns. L'intérêt de ce document, outre les techniques de pondération que l'on examinera dans la seconde partie de cet ouvrage, est dans la présentation pour chaque critère de ce qui peut être observé, ainsi que les documents pouvant être analysés afin de noter chaque critère (tableau 4.3).

Exemple de l'OTAN

L'OTAN a longtemps pratiqué la seule adjudication[31], c'est-à-dire la sélection sur la base du moins-disant exclusivement, après vérification de conformité de l'offre au cahier des charges. Cette règle est en cours d'aménagement par l'alternative du choix selon la *best value* pour les achats d'investissement, sur la base de quatre critères adaptés à l'objet du marché, avec une pondération spécifique, par exemple :

– le prix (50 %) : le prix le plus bas, réaliste et satisfaisant aux conditions de soumission ;

– la valeur technique (20 %) : qualité de la solution technique telle qu'elle ressort, en première analyse, de la description de l'architecture du logiciel et du plan de développement du logiciel proposés pour satisfaire aux exigences du cahier des clauses techniques ;

30. *Guide romand pour l'adjudication des marchés publics et ses annexes*, Conférence romande des travaux publics, décembre 1999.
31. Document AC/4-D/2261, procédures d'appels d'offres internationaux, Comité de l'infrastructure édition 1996 et Appendix 2, TOPFAS Phase 2, *Best value top level criteria, weighting factors, and procedures*, 2002.

Tableau 4.3 Exemples de critères

(Source : *Guide romand de la commande publique*)

N°	Critères	Ce qui est observé	Analyses
1	**Organisation du soumissionnaire mise en place pour l'exécution du marché**	Clarté et simplicité de l'organigramme du projet, du cheminement des informations, des niveaux de décision et de répartition des tâches et des responsabilités dans le cadre du projet.	Organigramme du projet. Diagramme des tâches et de répartition des responsabilités dans le cadre du projet.
2	**Gestion de la qualité du projet et qualité de la prestation**	Degré d'application des mesures qualités spécifiques au projet. Aptitude à répondre aux exigences du client et du projet. Degré de finition des prestations. Recherche de l'optimum et méthode d'optimisation des prestations. Satisfaction des clients précédents. Adéquation de l'offre à la demande.	Plan d'assurance qualité. Clients précédents. Audition. Expertise.
3	**Compétences, expériences, des personnes responsables pour l'objet à réaliser**	Références personnelles récentes d'objets similaires en termes de type de projet, d'importance, de complexité, de contraintes et de spécialisation nécessaire. Aptitude à réaliser les prestations. Niveau de formation. Domaines de spécialisation. Expériences récentes sur des objets similaires en termes de type de projet, d'importance, de complexité, de contraintes et de spécialisation nécessaire. Degré de satisfaction des Maîtres d'ouvrage. Aptitude de gestionnaire. Personnalité.	Curriculum vitae. Personnes de références. Références personnelles mises en avant par le soumissionnaire. Visite d'ouvrages. Audition.
4	**Délais d'exécution, capacité et disponibilité du personnel et du matériel**	Durée des phases ou des types de travaux/prestations annoncés. Crédibilité des délais annoncés en fonction des effectifs prévus. Ressources humaines, en matériel, en machines et en équipements, administratifs ou d'exploitation, engagés dans le cadre du projet.	Planning détaillé. Effectif permanent. Liste détaillée du personnel. Nombre de collaborateurs pour le marché et réserve. Durée des travaux. Références.

Tableau 4.3 Exemples de critères (fin)

		Disponibilité de ces ressources géographiquement et dans le temps pour le projet. Niveau de formation générale. Réserve en personnel pouvant être affectée au projet. Durée nécessaire pour l'accomplissement des travaux.	
5	**Service après-vente**	Type de prestations fournies dans le cadre du service après-vente. Service après-vente assuré par le soumissionnaire ou par un sous-traitant ?	Offre. Tarifs
6	**Coûts d'exploitation**	Montant des coûts d'exploitation de l'ouvrage, du produit offert par le soumissionnaire. Disponibilité du matériel d'entretien et de réparation.	Offre. Prix du matériel d'entretien et de réparation.
7	**Créativité et gestion de l'environnement**	Degré d'imagination et de recherches de solutions techniques, architecturales et de mise en œuvre des prestations. Respect de l'environnement. Gestion écologique des matériaux et des déchets. Qualités techniques et esthétiques.	Concours de projet ou d'idée. Ouvrages réalisés. Organisation qualité environnementale
8	**Présentation et qualité des dossiers d'offre**	Clarté et exactitude des informations transmises. Qualité de présentation des dossiers. Impression générale de la candidature.	Dossier d'offre. Auditions.
9	**Montant et crédibilité du prix**	Tarifs horaires qui respectent les conventions collectives ou les minimaux légaux. Degré de crédibilité et justesse du montant de l'offre par rapport à la situation économique et par rapport aux autres soumissionnaires.	Offre. Tarifs

- le management (20 %) : qualité de l'approche managériale telle qu'elle ressort, en première analyse, des qualifications du candidat et du projet de plan management proposés pour satisfaire aux exigences du cahier des clauses techniques ;
- soutenabilité (10 %) : qualité de l'approche du soutien telle qu'elle ressort, en première analyse, du plan de soutien lors du cycle de vie et le plan de management de configuration proposés pour satisfaire aux exigences du cahier des clauses techniques.

4.2.6 Les critères relatifs aux enchères électroniques

Le nouveau Code, dans son article 54, détaille la procédure de choix des offres dans le cadre des enchères électroniques. L'offre peut être choisie sur la base du prix le plus bas, ou bien sur celle de l'offre économiquement la plus avantageuse en fonction de plusieurs critères.

Article 54 du nouveau Code

« **I**. Une enchère électronique est une procédure de sélection des offres, réalisée par voie électronique, et permettant aux candidats de réviser leurs prix à la baisse et de modifier la valeur de certains autres éléments quantifiables de leur offre [...] »

Cette procédure exclut les marchés de services portant sur la conception d'ouvrage et les marchés de travaux. Dans la pratique, elle trouvera son adaptation à l'acquisition de fournitures courantes : fournitures de bureau, consommables, produits d'entretien, matériel bureautique, ramettes de papier... La logistique qu'elle implique la réserve à des marchés d'une certaine importance en volume, d'autant plus que toutes les entreprises ne sont pas techniquement à même de répondre à ce type de consultation.

En dehors du prix, le délai de livraison est un critère facilement utilisable, combiné avec le prix. L'utilisation d'un critère de valeur technique paraît plus délicate. Cette procédure implique, comme on va le voir plus loin, l'utilisation de la pondération sous forme d'une grille sur feuille de calcul, permettant de suivre en temps réel l'évolution du classement.

4.2.7 Les critères interdits

Tous les critères à caractère discriminatoire, tels que la préférence locale, sont interdits car contraires aux traités et accords internationaux (accord AMP et directives européennes).

Un critère de « conformité au cahier des charges » est irrégulier : en effet, toute offre ne répondant pas aux conditions du cahier des charges doit être considérée comme non conforme et, à ce titre, rejetée.

> **Le localisme, une tentation pour les élus des collectivités territoriales**
>
> Compte tenu de l'organisation administrative de la France et du financement de ses collectivités, en grande partie assuré par une fiscalité locale pesant sur les ménages et les entreprises, celles-ci peuvent être tentées de faire pression sur les élus locaux pour obtenir, par l'attribution de marchés publics, un « retour sur investissement » de leurs contributions fiscales, surtout dans un contexte de forte augmentation de la fiscalité locale. De leur côté les élus peuvent avoir la tentation d'attribuer des marchés aux entreprises locales, dans un souci notamment d'emploi local mais aussi pour des préoccupations électoralistes moins avouables.
>
> La préférence locale est irrégulière et contrevient directement aux principes édictés par l'article 1er du Code : « liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats ». Elle contrevient aussi aux engagements internationaux de la France, notamment les traités européens qui prônent la non discrimination. Or, imposer un candidat d'être implanté localement ou introduire un critère de choix de ce type est discriminatoire et fragilise donc l'ensemble de la procédure, pouvant même occasionner des poursuites pénales (art. 432-14 du Code pénal, déjà cité).
>
> « Commet une erreur de droit la commission d'appel d'offres qui décide d'attribuer un marché de préférence à une entreprise locale, si ses propositions n'excèdent pas 104 % du montant des autres offres, afin de favoriser le maintien des emplois locaux et l'acquittement, au bénéfice de la commune, de la taxe professionnelle, motifs sans rapport avec la réglementation des

marchés. L'implantation locale de l'entreprise chargée d'exécuter les travaux n'étant pas une des conditions de bonne exécution du marché, les motifs retenus, tirés de la nécessité de favoriser l'emploi local et d'équilibrer les finances locales par l'acquittement de la taxe professionnelle, sont sans rapport avec la réglementation des marchés et entachent la décision d'erreur de droit… »

Conseil d'État, 29 juillet 1994, N° 131562, Commune de Ventenac en Minervois

« Considérant que l'article 4.2 du règlement de la consultation pour l'appel d'offres restreint en vue de l'attribution d'un marché relatif à l'entretien d'espaces verts – espaces libres et plantations du patrimoine de l'Office public d'aménagement et de construction des Vosges prévoit que le marché sera attribué en tenant compte de la hiérarchie des critères indiqués ci-après, dans l'ordre d'importance décroissant :

1- garanties professionnelles et financières : […] Les candidats individuels devront obligatoirement posséder […] une antenne locale située dans le département des Vosges, dotée du téléphone et comportant un chef de chantier et 10 personnes au minimum – les entrepreneurs groupés conjoints […] devront compter un représentant permanent dans le département des Vosges doté du téléphone, l'ensemble du personnel affecté exclusivement à l'exécution des prestations du marché à intervenir en résidence dans les Vosges, comportant 10 personnes au minimum,

2- prix des prestations » […] « Considérant toutefois que l'office public, qui n'aurait pu légalement faire de l'existence d'une implantation préalable dans le département une condition à l'obtention du marché, pouvait considérer sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation que l'obligation, justifiée en l'espèce par l'objet du marché, de posséder une « antenne » locale pouvait être satisfaite au regard des critères qu'il avait établis, par l'engagement pris par l'entreprise candidate de créer une telle « antenne » si le marché lui était attribué ; que si l'implantation locale de l'entreprise Brio n'a été achevée que dans le courant du mois d'août 1994, cette circonstance postérieure à la décision attaquée, est sans influence sur la légalité du choix opéré par la commission d'appel d'offres. »

Conseil d'État, 14 janvier 1998, N° 168688, Sté Martin-Fourquin

> « Le Code des marchés publics n'empêche donc pas les acheteurs publics qui le souhaitent de développer, par leur stratégie d'achat public, une politique de développement local, **tout en gardant à l'esprit que les marchés publics ne peuvent en aucun cas être attribués sur la base d'une préférence locale**. »

Réponse du ministre de l'Économie, des finances et de l'industrie à la question écrite de M. Jean-Marc Pastor, sénateur (1er avril 2004)

En revanche, si l'exécution du marché justifie fonctionnellement d'une implantation locale (délai d'intervention pour des prestations de maintenance curative, par exemple), le cahier des charges pourra imposer une implantation locale pour son exécution. En revanche l'acheteur ne pourra favoriser l'entreprise disposant déjà de cette implantation, par rapport à celle s'engageant simplement à le faire en cas d'attribution du marché.

Les critères étrangers à l'objet du marché constituent une irrégularité.

Ainsi, dans un arrêt du 16 juin 2005, n° 01BX02365, Communes de Mercus-Garradet-Amplaing, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a jugé de l'irrégularité d'un critère d'attribution « extérieur à l'objet du marché ».

Il s'agissait en l'espèce d'un appel d'offres d'une commune pour la réfection des abords d'une route départementale en traversée de ville, conférant obligation aux candidats de participer également à la procédure lancée par le département pour la réfection de la chaussée de la départementale. Le juge a tranché au motif que cette disposition contrevient à l'égalité d'accès à la commande publique.

PARTIE II

La mise en œuvre de la sélection

5

L'analyse des candidatures

La procédure est lancée. Le choix de la proposition est précédé par une admission ou une sélection des entreprises candidates. L'ensemble des procédures exige une vérification de leur aptitude à concourir pour le marché, avant l'examen de l'offre déposée. Cette vérification passe par l'examen de la régularité, puis par l'évaluation des capacités du candidat pour, le cas échéant, exécuter le marché si son offre est choisie. Dans le cas des procédures restreintes (appels d'offres restreints, marchés négociés, dialogue compétitif et marchés de conception réalisation), les candidats feront d'abord l'objet d'une sélection et d'un classement, avant de pouvoir remettre une offre, ainsi qu'on l'a vu dans le chapitre précédent.

5.1 Les conditions de régularité des candidatures

L'objectif de cette phase pour l'acheteur public est de faire un choix équilibré et motivé, dans le respect des dispositions réglementaires, sans pour autant déployer un excès de formalisme contre-productif.

Les services du pouvoir adjudicateur procèdent à la vérification de la régularité des candidatures, quelle que soit la procédure.

Ces conditions assouplies par la réforme 2004 sont maintenues dans le nouveau Code, proposant la possibilité d'une régularisation. En effet, de nombreuses entreprises avaient été exclues pour des raisons de pure forme, ce qui avait généré nombre de contentieux : ainsi, par exemple, l'obligation pour la personne publique de rejeter une candidature ne comportant pas certains renseignements exigés par le règlement de consultation, en l'occurrence le chiffre d'affaire[1], ou encore des formulaires de déclaration du candidat et de déclaration sur l'honneur non signés[2]. Toutefois cette possibilité de régularisation est laissée à la libre appréciation du pouvoir adjudicateur, qui, s'il décide de le faire, devra l'appliquer à l'ensemble des candidats qui seraient concernés, à l'occasion de la consultation. On notera que la réforme 2006 a libéré l'acheteur de nombreuses contraintes, en terme d'exigences de capacités des entreprises : reste à espérer que cette liberté sera utilisée à bon escient et avec discernement, qu'elle ne provoquera pas une inflation de demandes relatives à une première enveloppe déjà bien chargée, dont la complexité représente un obstacle pour bien des entreprises.

> Le greffe du Tribunal de commerce de Paris a effectué en 2005 un sondage auprès des entreprises : 38 % des entreprises interrogées estiment les formulaires difficiles à remplir, avec des appréciations telles que : « formulaires indigestes », « la complexité de la partie administrative nous fait perdre un temps précieux qui pourrait être utilisé à parfaire l'offre commerciale ou à répondre à d'autres appels d'offres », « le jargon employé représente un frein »…
>
> « 51 % des entrepreneurs interrogés ont rencontré des difficultés. Un Directeur général indique : « S'il est assez simple d'obtenir les attestations sociales, il est beaucoup plus difficile d'obtenir les attestations fiscales. La mise en place de la DC7 représente un réel progrès, mais la première fois le candidat doit passer par un petit labyrinthe administratif pour réussir à l'obtenir. » Les autres personnes déplorent : « La dispersion des

1. Conseil d'État, 27 novembre 2002, ville de Nice c/société Loisir et innovation, n° 243686.
2. Conseil d'État, 13 novembre 2002, commune du Mans, n° 245354.

> interlocuteurs et des informations qui rallongent les délais », ainsi que « le manque d'information ».
>
> 40 % estiment que cela ne pose pas de difficulté « quand on connaît la mécanique ».

Source : www.greffe-tc-paris.fr/generalites/communiques/Marches_Publics21104.pdf

5.1.1 Les conditions pour concourir

Ces conditions sont fixées par l'article 43[3], l'article 44 précisant les documents demandés à l'appui de la candidature (*cf.* figure 5.1). L'article indique les renseignements pouvant être demandés par le pouvoir adjudicateur afin d'évaluer les capacités de l'entreprise, sous réserve de les avoir précisés dans l'avis de publicité. L'article 46 donne la liste des (nombreux) documents que le pouvoir adjudicateur demandera ensuite au seul attributaire du marché (*cf.* figure 5.2).

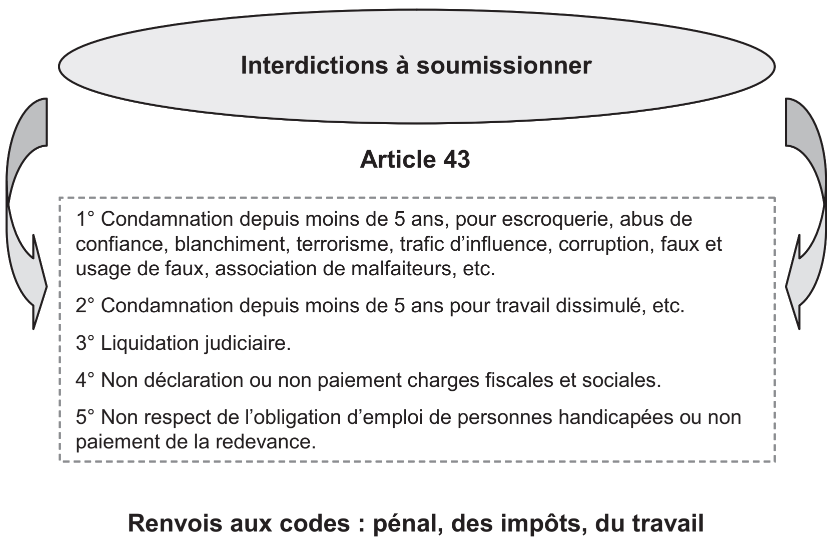


Figure 5.1 Les exigences de régularité relatives à la candidature

3. Qui se contente d'un renvoi à un autre texte (art. 38 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics et art. 29 de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées). Tout ceci ne concourt pas à une bonne lisibilité de l'ensemble, dans un domaine déjà fort complexe et assez obscur, sujet à de nombreux contentieux.

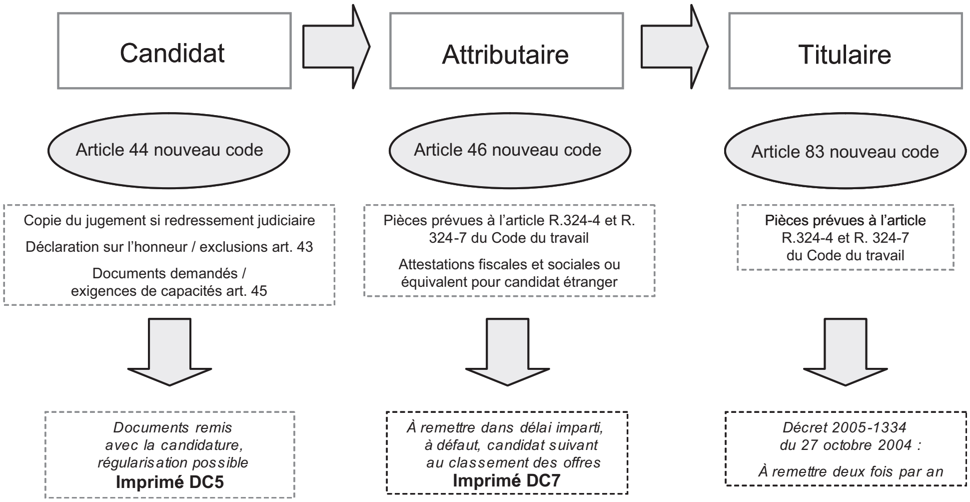


Figure 5.2 La mise en œuvre des exigences de régularité relatives à la candidature

Leur satisfaction est impérative pour accéder à la commande publique.

> **L'exclusion des entreprises en situation irrégulière au regard de leurs obligations fiscales et sociales**
>
> Dans le cas d'une société qui a opté pour le régime fiscal des sociétés de personnes et dont les associés sont par suite personnellement soumis à l'impôt sur le revenu, l'administration ne peut délivrer le certificat de régularité prévu par les dispositions de l'art 55 du Code des marchés publics qu'à la condition que la société et ses associés aient satisfait à leurs obligations en la matière.

CAA Marseille, 24/03/2006, n° 01MA001278, SARL Établissements CHESSA Frères[4]

Le texte précise ensuite comment le candidat, puis l'attributaire, en attestera.

4. Voir commentaire de cet arrêt par F. Bourrachot dans AJDA 17/2006, page P908.

Conditions d'accès à la commande publique relatives à la situation fiscale et sociale des candidats ou aux difficultés des entreprises

Article 44 du nouveau Code des marchés publics

Le candidat au marché produit à l'appui de sa candidature :

1° La copie du ou des jugements prononcés, s'il est en redressement judiciaire ;

2° une déclaration sur l'honneur, pour justifier qu'il n'entre dans aucun des cas mentionnés à l'article 43 ;

3° les documents et renseignements complémentaires demandés par le pouvoir adjudicateur dans les conditions fixées à l'article 45.

En dehors de l'aspect très formaliste et lourd de ces vérifications, qui ennuient autant les entreprises que les agents du pouvoir adjudicateur, il convient de noter l'extrême complexité de notre système national : les différents organismes sont listés dans l'arrêté du 31 janvier 2003 pris pour l'application de l'article 46[5] du Code des marchés publics, modifié par l'arrêté du 28 décembre 2004, qui ne donne pas moins de quinze types de contributions sociales pour lesquelles neuf types d'organismes sont susceptibles de donner une attestation de paiement, à quoi il faut rajouter jusqu'à quatre certificats fiscaux. Par là, malgré l'existence de corps de contrôle nombreux et variés, manifestement dans l'incapacité de savoir quelles sont les entreprises en règle et les autres, l'État reporte sa propre indigence sur ses acheteurs, ceux des collectivités locales et établissements publics et sur les entreprises. Par ailleurs ces mêmes entreprises doivent demander ces certificats qui ne leur sont généralement pas adressés systématiquement (à l'exception notable des URSSAF qui adressent leur certificat en début d'année), en reçu de leurs paiements. Il est vrai que les entreprises ont la possibilité de faire établir le certificat annuel (DC7) par le Trésorier payeur général du département, sous réserve de pré-remplir ce document et de renseigner les adresses exactes de tous les organismes dont elles sont redevables, ou bien de joindre les originaux desdites attestations pour obtenir la signature du DC7 par le trésorier.

5. Nouvel arrêté d'application non encore paru à l'heure de l'édition de cet ouvrage.

On peut constater avec regret que le nouveau Code, loin de simplifier cet aspect de la commande publique, l'a au contraire alourdi, malgré un effort de clarification et de regroupement logique des informations à l'intérieur des articles, et utilise encore de nombreux renvois, en particulier au Code du travail.

Bien plus, l'ensemble de ces documents sont à fournir pour chaque consultation et attribution, même si l'entreprise est déjà titulaire d'un marché auprès d'un même pouvoir adjudicateur, au cours de la même année.

Les acheteurs pourront encore consacrer un temps important à la rédaction des aspects administratifs dans les avis de publicité, ce qui ne va pas vers une diminution du coût de la commande[6]…

5.1.2 Les pièces à fournir dans les procédures formalisées

Les enveloppes cachetées renfermant les informations relatives à la candidature sont ouvertes par les services compétents du pouvoir adjudicateur (*cf.* figure 5.3).

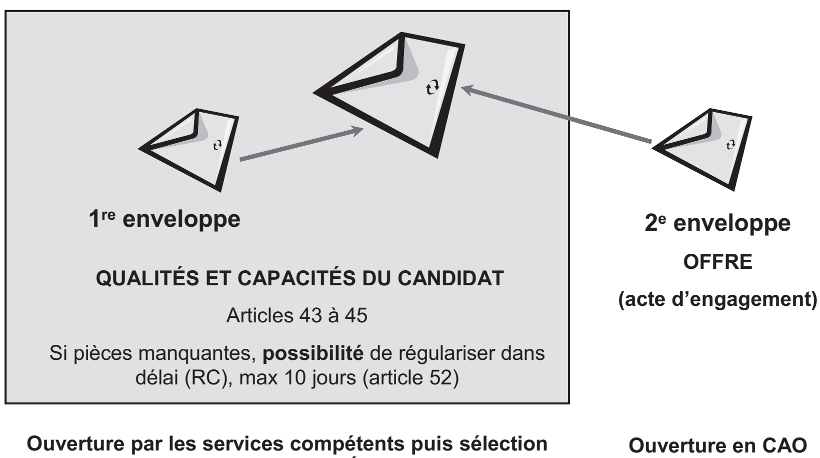


Figure 5.3 Le principe de la triple enveloppe, appel d'offres ouvert

6. La simple référence aux articles du Code ou aux arrêtés pour définir les pièces à fournir, est un défaut de transparence pouvant affecter la validité de la procédure. Il faut donc spécifier en détail toutes ces obligations : la lecture de nombreux avis de publicité laisse à penser que l'acheteur public fait généralement des « économies » sur la description de l'objet du marché, alors que le paragraphe concernant les dispositions administratives est toujours très long…

Ces services en vérifient le contenu et s'assurent de la présence de tous les documents et informations qui ont été demandés. Tout dossier incomplet peut faire l'objet d'une demande de régularisation auprès de l'entreprise, initiative laissée à la discrétion du pouvoir adjudicateur mais applicable à tous les candidats à une consultation concernés, selon le principe d'égalité de traitement (*cf.* figure 5.4).

Article 52 du nouveau Code

« Avant de procéder à l'examen des candidatures, le pouvoir adjudicateur qui constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes, peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai identique pour tous et qui ne saurait être supérieur à dix jours. Il en informe les autres candidats qui ont la possibilité de compléter leur candidature dans le même délai. »
[…]

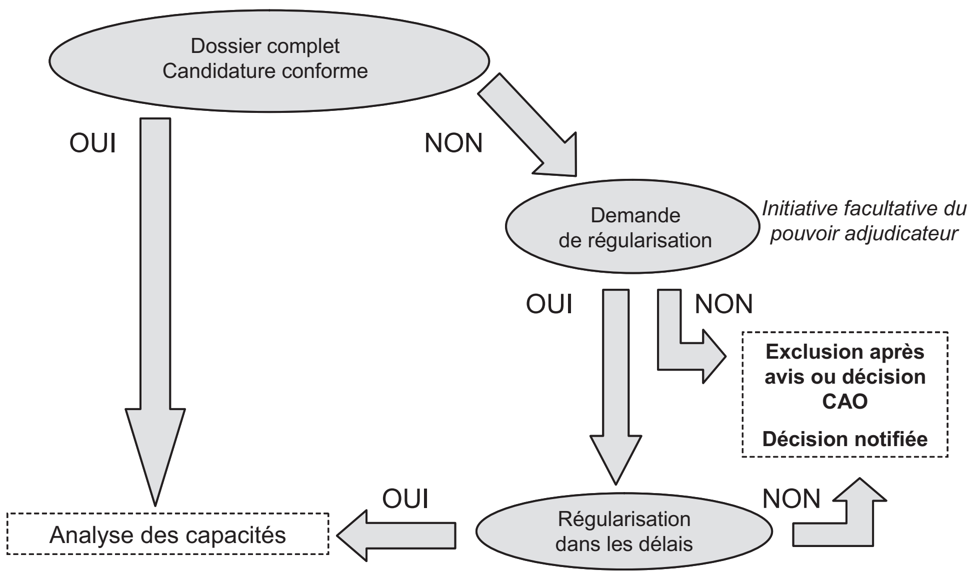


Figure 5.4 Analyse de la régularité juridique de la candidature

Un champ limité des erreurs et omissions régularisables au titre de la première enveloppe ?

Le Conseil d'État a donné une interprétation très restrictive du champ couvert par cette faculté de régularisation, interprétation semblant aller à l'encontre des intentions du « jurislateur » qui souhaitait permettre un rattrapage, compte tenu de la complexité

administrative (souvent dissuasive pour les entreprises candidates) entraînant le rejet d'entreprises, pour des raisons de pur formalisme, sans préjuger de leur capacité réelle à effectuer une prestation avantageuse. Dans le cas d'espèce, un groupement constitué de deux entreprises n'avait pas désigné explicitement le mandataire, dans l'enveloppe « candidature » d'un appel d'offres ouvert. Le juge limiterait ainsi la possibilité de régularisation aux seuls documents attestant des capacités professionnelles et financières des candidats, à l'exclusion de ceux portant sur la régularité juridique de la candidature, l'omission d'indiquer le mandataire d'un groupement étant « substantielle ».

Le Conseil d'État a jugé, concernant cette possibilité de faire régulariser des dossiers incomplets, que « si ces dispositions ont pour effet de donner à la personne publique la faculté de demander, sur un plan de stricte égalité, aux candidats de fournir certains documents liés à leur capacité technique ou financière, elles ne sauraient lui conférer la possibilité, dès lors qu'un candidat n'a pas justifié de sa capacité juridique lui permettant de déposer sa candidature, de compléter le dossier de celle-ci pour assurer la recevabilité de sa demande » ;

« Considérant […] alors que la faculté offerte par l'article 52 ne saurait être exercée qu'antérieurement à l'admission des candidatures et qu'elle ne pouvait en tout état de cause recevoir application dans une telle hypothèse, dès lors que l'existence du mandat « était relative à la capacité juridique de la société à présenter sa candidature au nom du groupement, le juge (*du référé précontractuel*) a méconnu les dispositions de l'article 52 du Code. […]. »

Ainsi que le souligne fort justement Me Frédérique Olivier dans le commentaire cité plus bas, « nous devrons supposer que :

- soit le CCAG « fournitures et services » n'était pas visé parmi les pièces du marché en cause dont l'objet était le « transport de déchets ménagers et assimilés par polybennes » ;
- soit le groupement en cause n'était pas solidaire pour expliquer l'absence dans cette affaire du recours aux dispositions de l'article… de ce CCAG qui prévoient que « *dans le cas d'entrepreneurs groupés solidaires, si le marché ne désigne pas l'entrepreneur mandataire, celui qui est énuméré le premier*

dans l'acte d'engagement est le mandataire des autres entrepreneurs ».

« Une telle disposition aurait pu d'ailleurs, si elle avait trouvé à s'appliquer, conduire à considérer que, s'agissant d'un appel d'offres ouvert, l'absence d'indication quant à la qualité de mandataire d'un des membres du groupement, devait conduire à en examiner l'offre afin d'en tirer l'enseignement recherché quant à l'entreprise occupant la première place dans la liste des membres énumérés par l'acte d'engagement constituant l'offre ».

Conseil d'État, 28 avril 2006, n° 283942, Syndicat mixte de gestion et de travaux pour l'élimination des déchets ménagers et assimilés de la zone ouest du département de l'Hérault, voir commentaire F. Olivier, Contrats et marchés publics n° 6/2006, n° 166

Les différentes pièces nécessaires sont récapitulées dans le tableau 5.1.

Tableau 5.1 La régularité des candidatures

Interdictions à concourir	Référence législative ou réglementaire	Conditions de présentation	Observations
	Art. 43 (qui renvoie aux textes de portée supérieure).	Art. 44 CMP	Explicites dans AAPC si > seuils européens, renvoi possible au RC si < seuils.
Non-déclaration et/ ou non-paiement des charges fiscales ou sociales.	Loi 2005-102 du 11 février 2005 Article 43 CMP Arrêté du 31 janvier 2003 modifié par arrêté du 28 décembre 2004 (liste)[7]	Art. 44 CMP Déclaration sur l'honneur ou signature de l'imprimé DC5.	

7. Ancienne référence valable pour le Code 2004, nouvel arrêté non paru lors de l'édition du présent ouvrage.

Tableau 5.1 La régularité des candidatures (fin)

Liquidation judiciaire	Loi 2005-102 du 11 février 2005 Article 43 CMP	Art. 44 CMP Déclaration sur l'honneur ou signature de l'imprimé DC5	En cas de redressement judiciaire, justification d'habilitation à poursuivre l'activité pendant la durée prévisible d'exécution du marché
Non-respect des dispositions du Code du travail en faveur des handicapés	Loi 2005-102 du 11 février 2005 Art. 43 CMP	Art. 44 CMP Déclaration sur l'honneur ou signature de l'imprimé DC5 complété	
Interdiction à concourir	Art. 43 CMP	Art. 44 CMP Déclaration sur l'honneur ou signature de l'imprimé DC5	
Condamnation inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire	Art. 43 CMP	Art. 44 CMP Déclaration sur l'honneur ou signature de l'imprimé DC5	
Condamnation pour infractions diverses	Ordonnance 2005-649 du 6 juin 2005, art. 38 Art. 43 CMP	Art. 44 CMP Déclaration sur l'honneur ou signature de l'imprimé DC5 complété	Trafic de stupéfiants, escroquerie, blanchiment, terrorisme, etc.

Les différentes pièces sur lesquelles porte le contrôle ont été annoncées au préalable, soit dans l'avis de publicité, soit dans le règlement de la consultation[8].

8. Obligatoirement dans l'avis de publicité dès lors que le marché est du niveau européen (JOUE).

Le pouvoir adjudicateur ne dispose que d'une liberté encadrée pour ne mentionner certaines informations que dans le règlement de consultation.

Dans un arrêt du 17 octobre 2001, Société Idex Énergie Est c/ Établissement public de santé mentale départemental de l'Aisne, n° 013733, le Tribunal administratif d'Amiens a jugé que :

« L'avis d'appel à candidatures ne fait pas apparaître nombre de mentions nécessaires à la régularité de la publicité ; il en est ainsi notamment de :

– la durée du marché ou la date limite d'exécution du service ;
– des personnes autorisées à assister à l'ouverture des offres ; de la date et du lieu de cette ouverture ;
– des modalités essentielles de financement et de paiement et/ ou des références aux textes qui les réglementent ;
– des critères d'attribution du marché […] »

Le Conseil d'État a récemment rendu un arrêt allant dans le même sens, n° 270476 du 8 avril 2005, Ste Radiometer, « si le règlement de consultation peut utilement compléter l'AAPC, il ne peut y suppléer.

La régularité de la publicité d'un marché de fournitures est liée à sa compatibilité avec les objectifs de la directive communautaire afférente. Est irrégulier l'AAPC qui se borne à renvoyer au RC pour la fixation des conditions de participation des candidats. »[9]

Malgré ces références réglementaires, de nombreux acheteurs publics continuent à exiger l'extrait K-bis, en précisant le plus souvent un original de moins de trois mois, dès le dossier de candidature. Cette irrégularité a été relevée par la CMPE dans son rapport annuel 2005 et fait l'objet de lettres d'observations aux administrations concernées (« les demandes d'informations sur les candidats non prévues dans l'arrêté du 26 février 2004 et en particulier l'inscription au registre du commerce [K-bis]) ».

CMPE, rapport d'activité 2005, (II.E.2 et III.D.1)

9. *Contrats et marchés publics*, n° 6/2005, p. 20 n° 147, commentaire W. Zimmer.

Peut-on exiger un extrait K-bis ?

L'extrait K-bis n'est pas cité dans la liste de l'article 46, des pièces pouvant être exigées au niveau de la candidature. Il n'a donc pas à être demandé au stade de la première enveloppe.

En revanche le K-bis fait partie de la liste mentionnée à l'article R.324-4 du Code du travail, des pièces exigibles du seul attributaire.

Toutefois, cette pièce est alternative avec d'autres pièces, telles que « un devis, document publicitaire ou correspondance professionnelle, à condition qu'y soient mentionnés le nom ou la dénomination sociale, l'adresse complète et le numéro d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers ou à une liste ou un tableau d'un ordre professionnel, ou la référence de l'agrément délivré par l'autorité compétente ».

Par ailleurs, ce document est réservé aux entreprises commerciales sous forme de personne morale (sociétés). Une entreprise individuelle commerciale aura un simple extrait K, une profession libérale n'aura que le document de l'INSEE lui conférant un numéro SIREN, SIRET et Code APE (ou Code NAF). Le K-bis étant alternatif à ces documents, il ne saurait donc être considéré comme obligatoire ni exigible de tout candidat, certains en étant, par définition, dépourvus.

Le K-bis sert à s'assurer que l'entreprise existe réellement. Pour l'acheteur, il contient, en outre, des informations fort utiles, telles que les noms des dirigeants et membres du conseil d'administration, Si l'attributaire fournit un DC7 ou les copies des certificats fiscaux et sociaux, c'est bien la preuve qu'il existe en tant qu'entreprise. S'il a été immatriculé dans l'année, il fournit une copie du récépissé de dépôt de demande d'immatriculation au Centre de formalités des entreprises dont il dépend.

Enfin, contrairement à une idée reçue, le comptable n'a pas à exiger le K-bis : les textes relatifs à la nomenclature des pièces justificatives des dépenses[10] n'imposent pas ce document à l'appui du dossier de mandatement des dépenses.

Lors de l'examen des candidatures, la procédure est déclarative. En effet, aucun justificatif n'est exigé, mais seulement une déclaration sur l'honneur, reprenant l'ensemble des conditions exposées dans l'article 46 déjà cité. La forme de ces déclarations n'est pas imposée, elle peut être sur papier libre, le candidat reprenant la liste sur l'avis de publicité ou le règlement de consultation. Pour des raisons pratiques, facilement compréhensibles compte tenu de la liste abondante des exigences de régularité, les acheteurs publics peuvent joindre au dossier de consultation, un formulaire déclaratif que le candidat pourra signer et joindre à son envoi. Le ministère

10. Décret n° 2003-301 du 2 avril 2003 modifiant le Code général des collectivités territoriales, article D.1617-19 et circulaire du 30 septembre 2003 diffusant la nouvelle nomenclature des pièces justificatives des dépenses de l'État, instruction codificatrice n° 03-060-B du 17 novembre 2003.

des Finances propose des formulaires destinés à accompagner les dossiers de candidatures, qui peuvent être repris en l'état ou adaptés par les acheteurs publics :[11]

- le « DC 4[12] », « lettre de candidature », qui permet d'identifier l'entreprise et la forme sous laquelle se présente le candidat, seul ou en groupement. Dans ce dernier cas, le document fait apparaître la forme du groupement (conjoint ou solidaire) et son mandataire (désigné expressément ou à défaut, le premier apparaissant sur la liste) ;
- le « DC 5 », « déclaration du candidat », dans lequel on retrouve la déclaration sur l'honneur ainsi que le canevas de présentation des capacités et références du candidat.

Les DC4 et DC5 peuvent être rendus obligatoires par le règlement de consultation

Ces documents ont été mis à jour au début de l'année 2005, ils sont proposés gratuitement en téléchargement sur les sites du ministère des Finances[13] (*cf.* figure 5.5). Leur emploi peut être imposé par le règlement de consultation.

« Considérant que le formulaire DC4 intitulé lettre de candidature et habilitation du mandataire par ses co-traitants et le formulaire DC5 intitulé déclaration du candidat reprennent, sans y ajouter, les renseignements qui peuvent être exigés des candidats en application des dispositions précitées de l'article 45 du Code des marchés publics et de l'arrêté du 26 février 2004 et se bornent à déterminer les modalités de présentation de ces renseignements ; que ces formulaires sont aisément accessibles, sans frais particuliers, sur le site internet du ministère de l'Économie, des finances et de l'industrie ; que, dans ces conditions, l'acheteur public ne méconnaît pas le principe d'égal accès à la commande publique en exigeant des candidats, dès lors que les caractéristiques du marché le justifient, qu'ils

11. Décret n° 2003-301 du 2 avril 2003 modifiant le Code général des collectivités territoriales, article D.1617-19 et circulaire du 30 septembre 2003 diffusant la nouvelle nomenclature des pièces justificatives des dépenses de l'État, instruction codificatrice n° 03-060-B du 17 novembre 2003.
12. DC pour « dossier de consultation » ; on trouve aussi des imprimés « NOTI » pour notification, « EXE » pour exécution, etc.
13. www.minefi.gouv.fr ou www.colloc.minefi.gouv.fr.

> **utilisent, à peine d'irrecevabilité, ces formulaires pour présenter leur offre. »**

Conseil d'État, Arrêt n° 286644 du 10 mai 2006 Syndicat intercommunal des services de l'agglomération valentinoise, possibilité rappelée dans l'arrêt du Conseil d'État n° 300992 du 21 novembre 2007, Département du Var[14]

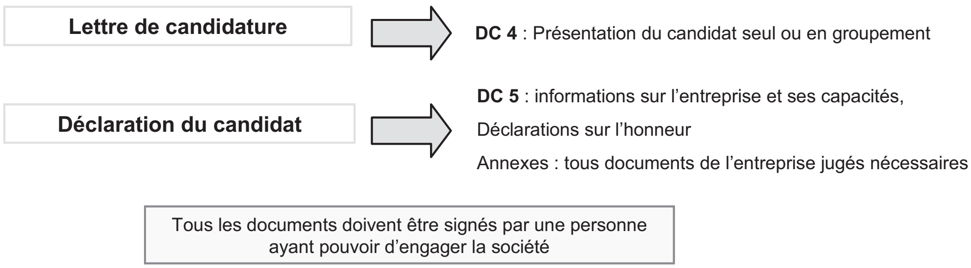


Figure 5.5 Le contenu de la première enveloppe

Les documents présentés doivent être signés d'une personne ayant qualité à engager l'entreprise, c'est-à-dire le dirigeant ou toute personne détentrice d'un pouvoir de celui-ci. Sur ce dernier point, le juge administratif impose d'avoir précisé, dès l'avis de publicité, l'obligation de joindre un pouvoir, le cas échéant. Si cette précision n'a pas été demandée au départ, le rejet de la candidature pour ce motif serait irrégulier[15].

Jusqu'à la réforme 2006, cette liste était limitative : l'acheteur ne pouvait demander davantage de documents que prévu dans l'arrêté. Il était donc exclu de demander, par exemple, la liasse fiscale complète de l'entreprise candidate en vue d'une analyse détaillée de ses capacités financières et de sa gestion. L'article 45 du nouveau Code prévoit des dispositions plus souples pour l'analyse des capacités des candidats (voir *infra*, 5.2).

> **La personne publique ne peut exiger davantage de documents et d'informations qu'énoncé dans les articles 43 à 46 du Code 2004 et leurs arrêtés d'application (tableau 5.3).**
>
> **Dans un arrêt OPHLM de la Communauté urbaine du Mans, n° 245303 du 13 novembre 2002, le Conseil d'État a jugé une demande illégale, car au-delà des exigences des art. 45 et 46, elle exigeait de produire l'engagement prévu par les articles**

14. Voir le commentaire de Dominique Fausser, e-RJCP n° 38.
15. Conseil d'État, 9 juillet 2003, société Scolarest, n° 254196.

L341-6-4 et L341-36 du Code du travail relatifs à l'emploi de main-d'œuvre étrangère.

Dans un arrêt n° 291411 du 21/11/2007, « Département de l'Orne », le Conseil d'État a annulé une procédure d'appel d'offres au motif que l'acheteur public avait exigé une pièce non listée dans l'arrêté du 28 août 2006 pris en application de l'article 45 du Code des marchés publics. Il s'agissait d'un marché ayant pour objet la fabrication de matériaux enrobés et leur mise en œuvre sur les routes départementales. Dans le règlement de consultation, « Considérant que l'article 3 du **règlement de la consultation** faisait obligation à chaque candidat d'inclure dans sa première enveloppe, « *les éléments concernant la (es) centrale(s) d'enrobés* », référencés à l'article 14 du cahier des clauses techniques particulières aux termes duquel ces éléments incluaient, d'une part, pour le(s) poste(s) mobile(s) non existant(s) et existant(s), « *le récépissé de la demande d'installation du (ou des) poste(s) mobile(s) faite auprès des services compétents de l'État si cette demande est en cours* » ou « *l'autorisation d'installation du (ou des) poste(s) mobile(s) faite auprès des services compétents de l'État si le poste est en place* », et, d'autre part, pour le(s) poste(s) fixe(s) existant(s), « *l'arrêté préfectoral d'autorisation* » ; qu'aux termes de ce même article, l'absence de l'une de ces pièces dans la première enveloppe constitue un motif de « rejet définitif de la candidature » [...]

« Considérant que ces dispositions n'autorisent pas l'acheteur public, quand bien même l'exécution du marché suppose comme en l'espèce l'obtention d'autorisations sur le fondement des dispositions des articles L. 511-1 et suivants du Code de l'environnement, relatifs aux installations qui peuvent présenter des dangers ou des inconvénients, à exiger des entreprises concernées qu'elles attestent dès le stade de la candidature qu'elles possèdent les autorisations requises ou qu'elles ont reçu récépissé d'une demande ; qu'il en résulte qu'en annulant pour ce motif la procédure de passation du marché litigieuse, le juge des référés du tribunal administratif de Caen n'a pas commis d'erreur de droit [...] »

Seul le candidat attributaire du marché, c'est-à-dire celui dont l'offre a été reconnue « économiquement la plus avantageuse », devra produire les différents justificatifs à l'appui de ses déclarations.

L'entreprise a toutefois la liberté de remettre les justificatifs de sa régularité fiscale et sociale à ce stade de la procédure, auquel cas les documents ne lui seront pas demandés une nouvelle fois (tableau 5.2).

Tableau 5.2 Les pièces exigibles de l'attributaire

Disposition	**Référence législative ou réglementaire**	**Modalités pratiques**	**Observations** ***Explicite dans AAPC si > seuils européens, renvoi possible au RC si < seuils***
Pièces mentionnées à l'article R-324-4 et R. 324-7 du Code du travail.	Art. 46 CMP (précise aussi les dispositions pour les candidats étrangers).	Envoi du document demandé dans l'AAPC.	L'article R-324-4 propose des alternatives dans les documents à présenter.
Attestations et certificats fiscaux et sociaux	Art. 46 CMP (précise aussi les dispositions pour les candidats étrangers). Arrêté du 31 janvier 2003 modifié par arrêté du 28 décembre 2004. (liste des organismes délivrant les certificats sociaux, impôts concernés par les certificats fiscaux)[16].	Envoi des copies des attestations ou de l'imprimé DC7 signé du TPG.	Délai de présentation à prévoir dès l'AAPC ou le RC. Illégalité d'exigence de documents non prévus dans l'arrêté : CE 13 nov. 2002, OPHLM du Mans, n° 245303. Les photocopies n'ont pas à être certifiées conformes : décret 2001-899 du 1er oct. 2001 (JO du 2 oct. 2001).

Le Code du travail est un texte spécifiquement français. Les documents ainsi prévus ne concernent que les entreprises françaises : il faut donc prévoir de demander ces documents **ou leur équivalent pour les candidats étrangers**, sous peine de risque de contentieux pour mesure discriminatoire. L'article R.324-7 du Code du travail s'applique aux entreprises domiciliées à l'étranger.

16. Texte initialement applicable au Code 2004, non modifié suite à la parution du Code 2006.

Les documents prévus par l'article R. 324-4 du Code du travail, exigibles de l'attributaire du marché (article modifié par le décret n° 2005-1334 du 27 octobre 2005)

Lorsqu'elle n'est pas un particulier répondant aux conditions fixées par l'article R. 324-3, la personne mentionnée à l'article R. 324-2 est considérée comme ayant procédé aux vérifications imposées par l'article L. 324-14 si elle se fait remettre par son cocontractant, lors de la conclusion et tous les six mois jusqu'à la fin de son exécution :

1. « Dans tous les cas, les documents suivants :

a) une attestation de fourniture de déclarations sociales émanant de l'organisme de protection sociale chargé du recouvrement des cotisations et des contributions sociales incombant au cocontractant et datant de moins de six mois ;

b) une attestation sur l'honneur du cocontractant du dépôt auprès de l'administration fiscale, à la date de l'attestation, de l'ensemble des déclarations fiscales obligatoires et le récépissé du dépôt de déclaration auprès d'un centre de formalités des entreprises lorsque le cocontractant n'est pas tenu de s'immatriculer au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers et n'est pas en mesure de produire les documents mentionnés au a ou au b du 2° du présent article.

Lorsque l'immatriculation du cocontractant au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers est obligatoire ou lorsqu'il s'agit d'une profession réglementée, l'un des documents suivants :

c) un extrait de l'inscription au registre du commerce et des sociétés (K ou K bis) ;

d) une carte d'identification justifiant de l'inscription au répertoire des métiers ;

e) un devis, un document publicitaire ou une correspondance professionnelle, à condition qu'y soient mentionnés le nom ou la dénomination sociale, l'adresse complète et le numéro d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers ou à une liste ou un tableau d'un ordre professionnel, ou la référence de l'agrément délivré par l'autorité compétente ;

f) un récépissé du dépôt de déclaration auprès d'un centre de formalités des entreprises pour les personnes physiques ou morales en cours d'inscription.

Lorsque le cocontractant emploie des salariés, une attestation sur l'honneur établie par ce cocontractant, à la date de signature du contrat et tous les six mois jusqu'à la fin de l'exécution du contrat, de la réalisation du travail par des salariés employés régulièrement au regard des articles L. 320, L. 143-3 et R. 143-2. »

On relèvera que ces articles du Code du travail ont été modifiés récemment, afin de lutter contre le travail dissimulé. Ceci est révélateur d'une habitude bien « gauloise », de traiter les problèmes par des textes, générant ainsi des contraintes administratives supplémentaires. L'efficacité potentielle de ce dispositif purement déclaratif est hors du présent propos. Toutefois, on peut s'interroger sur les conséquences de ce texte, ayant une incidence concrète sur les marchés publics, signé du seul ministre délégué à l'Emploi, au travail et à l'insertion professionnelle des

jeunes, sans signature du ministre des Finances en pleine période de réforme du Code des marchés publics. Les contraintes supplémentaires qu'il impose vont entraîner d'importantes charges de travail supplémentaires, les documents devant être demandés tous les six mois à tous les attributaires, les certificats fiscaux et sociaux étant délivrés par les administrations concernées… une fois par an !

Art. R. 324-7 du Code du travail
(article modifié par le décret n° 2005-1334 du 27 octobre 2005)

« Lorsqu'elle n'est pas un particulier répondant aux conditions fixées par l'article R. 324-6, la personne mentionnée à l'article R. 324-5 est considérée comme ayant procédé aux vérifications imposées par l'article L. 324-14-2 si elle se fait remettre par son cocontractant établi ou domicilié à l'étranger, lors de la conclusion du contrat et tous les six mois jusqu'à la fin de son exécution :

1. Dans tous les cas, les documents suivants :

a) un document mentionnant son numéro individuel d'identification attribué en application de l'article 286 ter du Code général des impôts ; si le cocontractant n'est pas tenu d'avoir un tel numéro, un document mentionnant son identité et son adresse ou, le cas échéant, les coordonnées de son représentant fiscal ponctuel en France ;

b) un document attestant la régularité de la situation sociale du cocontractant au regard du règlement (CEE) n° 1408/71 du 14 juin 1971 ou d'une convention internationale de sécurité sociale ou, à défaut, une attestation de fourniture de déclarations sociales émanant de l'organisme français de protection sociale chargé du recouvrement des cotisations sociales incombant au cocontractant et datant de moins de six mois.

Lorsque l'immatriculation du cocontractant à un registre professionnel est obligatoire dans le pays d'établissement ou de domiciliation, l'un des documents suivants :

c) un document émanant des autorités tenant le registre professionnel ou un document équivalent certifiant cette inscription ;

d) un devis, un document publicitaire ou une correspondance professionnelle, à condition qu'y soient mentionnés le nom ou la dénomination sociale, l'adresse complète et la nature de l'inscription au registre professionnel ;

e) pour les entreprises en cours de création, un document datant de moins de six mois émanant de l'autorité habilitée à recevoir l'inscription au registre professionnel et attestant de la demande d'immatriculation audit registre.

Lorsque le cocontractant emploie des salariés pour effectuer une prestation de services d'une durée supérieure à un mois, une attestation sur l'honneur établie par ce cocontractant, à la date de signature du contrat et tous les six mois jusqu'à la fin de son exécution, certifiant de la fourniture à ces salariés de bulletins de paie comportant les mentions prévues à l'article R. 143-2, ou de documents équivalents.

Les documents et attestations énumérés par le présent article doivent être rédigés en langue française ou être accompagnés d'une traduction en langue française. »

Toute fausse déclaration peut entraîner la résiliation du marché aux torts du titulaire.

Article 47 du nouveau Code des marchés publics

Après signature du marché, en cas d'inexactitude des renseignements mentionnés à l'article 44 et à l'article 46 ou de refus de produire les pièces prévues aux articles R.324-4 ou R.324-7 du Code du travail conformément au 1° du I de l'article 46, il est fait application aux torts du titulaire des conditions de résiliation prévues par le marché.

Dans le cas des marchés des collectivités locales, la Commission d'appel d'offres (CAO) prendra acte de la régularité de la candidature, préalablement vérifiée par les services du pouvoir adjudicateur et en décidera du rejet en cas d'irrégularité. Concernant les organismes de l'État ou assimilés, la commission ne donnera qu'un avis. La décision de rejet de candidature sera pour tous notifiée par la personne ayant reçu délégation.

La directive n° 2004-18/CE du 31 mars 2004 énonce dans la section II du chapitre VII, les « critères de sélection qualitative ». L'article 45, « situation personnelle du candidat ou du soumissionnaire », définit les cas d'exclusion de la commande publique, notamment en cas de condamnation pour « participation à une organisation criminelle », « corruption », « fraude » et « blanchiment de capitaux ». Ces dispositions ont été intégrées par l'ordonnance du 6 juin 2005, reprises dans le nouveau Code à l'article 43, mais restent au niveau déclaratif.

Malgré les quelques aménagements de clarification apportés, force est de constater la lourdeur toujours plus grande de ce dispositif qui agit comme un repoussoir pour les entreprises, pour une efficacité qui reste à démontrer, faute de contrôle des déclarations lors de l'exécution, contrôle qui ne saurait incomber aux acheteurs publics, concernant la régularité fiscale et sociale des entreprises titulaires. En effet, si les entreprises « habituées » de la commande publique sont rompues à ces procédures, ce qui ne les empêche pas, parfois, de faire des erreurs et de manquer ainsi des marchés, les nouveaux entrants peuvent trouver un côté dissuasif à ces formalités pétries de bonnes intentions. Cette lourdeur n'est-elle pas constitutive d'une restriction de fait, de la concurrence et d'une fermeture de la commande publique ? N'est-elle pas foncièrement

défavorable aux petites structures et aux étrangers[17] ? Alors pourquoi ne pas imaginer un accès informatisé réservé aux acheteurs publics, permettant par la simple saisie du numéro SIRET du candidat, de savoir s'il est ou non, en règle et à jour de cotisations et d'impôts[18] ?

Le « pacte d'intégrité » proposé par l'ONG Transparency International

Une nouvelle condition de régularité a été introduite par la directive 2004-18/CE, interdisant l'accès aux marchés publics aux entreprises condamnées pour des délits de corruption et de blanchiment.

Sur cette base juridique, l'ONG propose la mise en place d'un « pacte d'intégrité », condition d'exécution du marché dans lequel le candidat doit notamment « confirmer qu'à sa connaissance :

a) l'attribution du marché n'a donné lieu à aucun avantage occulte ;
b) toutes les charges facturées à la collectivité correspondent à des fournitures ou prestations effectives s'inscrivant dans le cadre du marché ;
c) les prix facturés sont les prix de vente réels et sincères et ne dissimulent aucun dessous-de-table ;
d) toutes les dispositions mentionnées au paragraphe A ci-dessus [déclaration des dépenses promises ou payées à des tiers à l'occasion du marché et qui pourraient couvrir des avantages occultes (commissions, courtages, ristournes, vacations, honoraires, gratifications, cadeaux, frais de voyage et de séjour, gratifications…)] ont été respectées. »

La mise en œuvre technique reviendrait au pouvoir adjudicateur selon les modalités suivantes :

1. Publication préalable, au BOAMP et au JOUE de l'existence d'un pacte d'intégrité qui serait exigé de tout soumissionnaire. La collectivité ou l'établissement public concerné ferait ainsi connaître par avance aux candidats l'existence de cette règle du jeu.
2. Le règlement particulier de la consultation contiendrait le dispositif concret : contenu du pacte, processus de signature, choix du tiers de confiance indépendant…
3. La vérification formelle de la signature du pacte serait analysée en même temps que les capacités techniques et financières des entreprises candidates (1re enveloppe).
4. Les candidatures non accompagnées du pacte signé seraient retournées à leur expéditeur avec mention des raisons de leur rejet. »

Source : Transparence-International (France), section française de Transparency International, 2004

17. Bien que l'expérience prouve que, par méconnaissance de ce qu'ils peuvent exiger, les acheteurs publics sont beaucoup moins exigeants vis-à-vis des fournisseurs étrangers que des fournisseurs français.
18. Un projet du ministère des Finances viserait à réaliser une base de données informatique à laquelle pourraient se connecter les pouvoirs adjudicateurs, la saisie du n° SIRET du candidat permettant de savoir immédiatement s'il est en règle ou non, sans autre précision. Gageons qu'un tel dispositif serait un réel progrès et une économie pour les finances publiques !

De même, pourquoi continuer à exiger l'ensemble de ces renseignements pour une entreprise, au cours d'une même année et dans une même collectivité ? Pourquoi ne pas prévoir un référencement annuel permettant de s'affranchir, à chaque consultation, de demander à nouveau l'ensemble des documents[19] ?

Directive n° 2004/18/CE du 31 mars 2004, considérant (45)

« La présente directive prévoit la possibilité pour les États membres d'instaurer des listes officielles d'entrepreneurs, de fournisseurs ou de prestataires de service ou une certification par des organismes publics ou privés, ainsi que les effets d'une telle inscription ou d'un tel certificat dans le cadre d'une procédure de passation de marchés publics dans un autre État membre […] »

Ou bien, sur la lettre de candidature, préciser que le candidat est déjà attributaire d'un marché avec la collectivité acheteuse, le dispensant ainsi de fournir une nouvelle fois des documents déjà en possession du même pouvoir adjudicateur ?

Par ailleurs, la lourdeur constatée, imposée par la réglementation, est aggravée par la sur-administration souvent pratiquée par les acheteurs publics eux-mêmes. La simple lecture des avis de publicité permet de constater le poids relatif des lignes consacrées aux exigences administratives, très détaillées, et génératrices de contentieux lorsque les exigences dépassent ce qui est explicitement autorisé par les textes.

Plus grave, les informations concernant l'objet du marché sont souvent plus que succinctes : parfois même, le lecteur, candidat potentiel, a des difficultés à savoir de quel besoin il s'agit, voire à comprendre s'il faut remettre une offre ou simplement déposer une candidature.

À l'exception des marchés de défense ressortissant du décret n° 2004-16 du 7 janvier 2004, il n'est pas encore possible de mettre en place un tel système de présélection pour les procédures formalisées[20]. Pour l'instant, le Juge administratif rejette ce

19. La directive 2004-18, dans son article 52, prévoit la possibilité de telles listes officielles, même si elle permet la possibilité d'exiger une attestation supplémentaire, à l'occasion de chaque marché, en ce qui concerne le versement des cotisations sociales et fiscales.
20. Si l'on ne tient pas compte des nouveaux contrats « accords cadres », qui sont en fait un référencement de fournisseurs exclusifs pendant une période donnée.

procédé. Un tel système, sous réserve que les entreprises n'y soient pas contraintes et puissent s'inscrire à tout moment, permettrait un réel allégement du dispositif (les accords cadres peuvent toutefois être assimilés à un tel référencement, mais très restreint). Ce serait aussi une compensation au manque d'information dont souffrent les entreprises, paradoxalement depuis la généralisation de la publicité. En effet, celle-ci est éparpillée sur de nombreux supports laissés au choix des acheteurs, les sites internet institutionnels ayant la préférence. Bien plus, bien des acheteurs publics n'osent plus contacter, après parution, les entreprises qu'ils connaissent, de peur d'être mis en examen pour favoritisme ![21]

Le conseil d'État, dans un arrêt du 26 juillet 1996, n° 099506 Association des restaurateurs d'art et d'archéologie de formation universitaire, a jugé illégale une sélection de professionnels avant la passation d'un appel d'offres. Le ministère de la Culture avait procédé à une sélection sur épreuves ayant pour objet l'établissement d'une liste d'aptitude valable pour une durée indéterminée.

Ce formalisme qui pourrait être évité, tout en respectant les conditions posées par les directives, représente un coût social non négligeable pour un résultat économique faible. Que l'on pense au temps passé par les entreprises, aux offres de qualité qui n'auront jamais été prises en considération à cause d'une erreur de formalisme ou d'un oubli, aux coûts supportés par le contribuable compte tenu du temps non productif passé par des fonctionnaires pour ces vérifications (sans parler des nombreux organismes et agents de contrôle administratifs et para-administratifs). Enfin, on pourra souligner l'importance considérable (pour un coût de publication non négligeable) accordée à ces conditions administratives dans les avis de publicité, au détriment de l'exposé de l'objet du

21. Peur réelle mais partiellement motivée : dès lors que l'on exige, pour les procédures adaptées inférieures à 90 000 € HT, une concurrence « suffisante », l'acheteur est non plus en obligation de moyens (faire paraître tel contenu sur tel support), mais de résultat. Dès lors que l'avis est paru, que peut-on reprocher à l'acheteur qui fait le tour des candidats potentiels connus pour élargir la concurrence (sauf dans le cas des appels d'offres ou ce type d'action est proscrit) ?

marché, qui devrait être le plus important et représente en moyenne moins de 10 % des caractères de l'avis.

5.1.3 Les marchés adaptés

Les marchés passés selon la procédure adaptée, comme le stipule l'article 28 du Code des marchés publics, n'étaient jusqu'à présent pas soumis à l'ensemble du formalisme décrit dans la partie précédente.

Article 28 du nouveau Code des marchés publics

« […] **II.** Lorsque leur valeur estimée est inférieure aux seuils mentionnés au II de l'article 26, les marchés de fournitures, de services ou de travaux peuvent être passés selon une procédure adaptée, dont les modalités sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat. » […]

Les articles 43 et 44, qui donnent le détail des exigences relatives à la régularité des candidatures, sont-ils applicables en totalité aux marchés adaptés ?

La directive européenne n° 2004-18/CE relative aux marchés publics, applicable sans considération de seuil dès lors qu'elle est transposable en droit interne[22], impose des conditions relatives à la « situation personnelle du candidat ou du soumissionnaire » (article 45) et « l'habilitation à exercer l'activité professionnelle » (article 46). C'est l'autorité nationale qui fixe le détail des exigences visant à satisfaire ces conditions. On peut donc déjà déduire, en l'absence de toute précision, qu'il est nécessaire de demander au moins une déclaration sur l'honneur. Dans la mesure où le décret modificatif du 26 novembre 2004, disposition reprise par le nouveau Code, n'impose aucune obligation de publicité et de mise en concurrence en dessous de 4 000 € HT, on pourrait penser qu'en dessous de ce montant, il est envisageable de s'abstenir d'exigences administratives. Pourtant, un arrêté du 26 février 2002, pris en application du Code du travail et non abrogé, impose à tout

22. Cette transposition devait intervenir au plus tard le 31 janvier 2006.

candidat à un marché public d'un montant supérieur à 3 000 € HT, de produire un certificat établi par l'URSSAF, attestant qu'il est bien à jour de ses cotisations au titre de l'année antérieure.

> « Quel que soit son choix, le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des opérateurs économiques plus de renseignements ou de documents que ceux prévus pour les procédures formalisées par les articles 45, 46 et 48 » […].
>
> Nouveau Code des marchés publics, article 28

On ne saurait que recommander aux acheteurs, afin de rester dans l'esprit des textes tout en évitant la sur-réglementation, de procéder ainsi pour les marchés adaptés :

- à partir de 3 000 € HT, demander au moins le certificat de l'URSSAF ainsi qu'une déclaration sur l'honneur signée (modèle à joindre à la lettre de consultation, exemplaire signé à exiger de l'attributaire) ;
- considérer la formalité accomplie pour toutes les commandes qui interviendraient auprès du même fournisseur pendant l'année civile ;
- en cas de constitution d'un vivier de fournisseurs, demander ces documents au départ en vue de leur agrément ;
- prévoir dans tous les cas une résiliation contractuelle aux torts sans indemnité, en cas de fausse déclaration.
- dès lors que le MAPA comporte un montant significatif (par exemple, à partir de 90 000 € HT), demander les mêmes documents que pour une procédure formalisée.

Toutefois, contrairement au Code 2004 qui, explicitement, considérait la non-application de titre III, donc les articles 43 à 46, du Code aux marchés adaptés (à l'exception de certains articles), la lecture du nouveau Code ne fait rien apparaître de tel et se contente de préciser que l'on ne peut demander davantage de documents que ceux prévus dans une consultation formalisée, dans les articles 43 à 46. On pourrait donc estimer que dès 4 000 €, il faudrait dorénavant appliquer l'ensemble des dispositions administratives relatives à la régularité des candidatures, donc demander lors de la consultation, puis à l'attributaire, l'ensemble des pièces prévues aux articles 43 à 46. Tout cela ne va pas faciliter l'accès à la commande

publique des petites structures, volonté régulièrement affichée et proclamée, ni alléger le travail des administrations donc le coût du service public.

■ ***Les marchés de services pouvant être passés sous la forme adaptée quel que soit leur montant***

Il s'agit des marchés de service décrits à l'article 30 : concernant leur passation, ces marchés sont alignés sur les marchés adaptés mentionnés à l'article 28 ; concernant les questions de régularité et de capacités, les articles 43 à 45 leur sont applicables.

5.2 La vérification des capacités

La vérification des capacités appartient à la Commission d'appel d'offres pour les collectivités, ou est simplement soumise à l'avis de la CAO pour l'État et assimilés. En procédure ouverte, les capacités seront suffisantes, permettant l'ouverture de l'offre, ou insuffisantes, motivant le rejet de la candidature qui sera, bien entendu, notifié. Le pouvoir adjudicateur doit toutefois préciser dès l'avis de publicité les « critères de sélection objectifs et non discriminatoires » (art. 52), c'est-à-dire en fonction de quoi se fera l'analyse des capacités des entreprises candidates. En procédure restreinte, l'analyse des capacités donnera, de surcroît, lieu à un classement sur la base de ces mêmes critères de sélection préalablement annoncés.

5.2.1 Les capacités financières

Le pouvoir adjudicateur doit s'assurer que le candidat dispose des capacités financières suffisantes pour exécuter le marché, s'il en est attributaire. Pour cela, il dispose d'assez peu d'informations : l'arrêté du 26 février 2004, pris en application de l'article 45, limitait impérativement les exigences à la production du chiffre d'affaires de l'entreprise au cours des trois dernières années, relatif aux travaux, fournitures ou services se rapportant au marché[23].

23. Application du Code 2004, l'arrêté relatif au nouveau Code n'étant pas encore sorti au moment de la rédaction de cet ouvrage.

On en déduit que l'analyse se fera sur le rapport du montant du marché ou du lot, et du chiffre d'affaires du candidat. Cet examen doit permettre de s'assurer que la part du marché ne présente pas un volume trop important pour l'activité de l'entreprise, générant ainsi un risque potentiel tant pour l'entreprise que pour la pérennité du marché. Par ailleurs, cela permet aussi à l'acheteur de constater la part qu'il représente dans le chiffre d'affaires du candidat, information intéressante pour lui en cas de négociation.

> **Les exigences doivent être précisées dans l'avis d'appel public à la concurrence.**
>
> **« Les avis doivent renseigner précisément sur les conditions de participation des candidats. L'absence de ces renseignements est de nature à entacher d'irrégularité la procédure d'attribution du marché (cf. décision du Conseil d'État n° 270476 Radiometer du 8 avril 2005). Il convient notamment que soient publiés :**
>
> **[…] Les capacités financières et techniques requises (montant minimum du chiffre d'affaires au regard du montant estimé du marché, nombre minimal de références à produire) […] »**

CMPE, Rapport d'activité 2005 (II.E.1)

■ *La vérification des capacités financières*

La vérification des capacités financières présente une réelle difficulté pour l'acheteur public.

L'analyse des capacités financières du candidat a pour but :

- D'évaluer la solidité de l'entreprise, donc sa capacité à mener le marché à bien sur le plan financier (ses capacités techniques et humaines font l'objet d'une autre analyse).
- Et en particulier sa capacité à payer ses fournisseurs et ses salariés pendant la durée du marché.

L'usage habituel consiste en l'examen du chiffre d'affaires moyen du candidat, confronté à l'estimation du montant du marché : l'acheteur considère qu'une entreprise dont le chiffre d'affaires annuel est proche du montant annuel du marché, n'a pas la capacité financière à absorber un tel marché. Quand bien même elle le pourrait, ce marché représenterait son « client » principal, la mettant ainsi dans une position de grande fragilité. Moins empirique

serait une évaluation de la capacité financière, sur la base d'une analyse financière « classique », à partir des rations dégagées des comptes annuels (capacité d'auto-financement CAF, besoin en fonds de roulement BFR, etc.)[24].

Pour ce faire, l'acheteur doit disposer d'une part des sources d'information et, d'autre part, de la compétence d'analyse financière :

☐ *Les sources d'information*

Pour étudier l'ensemble des ratios « classiques » d'analyse financière, l'acheteur a besoin de disposer du bilan et du compte de résultat, de préférence des trois dernières années, afin de pouvoir mesurer l'évolution éventuelle et dégager les grandes tendances de la gestion de l'entreprise. Or, l'acheteur ne peut exiger que les documents prévus par l'article 45 du Code et son arrêté d'application du 28 août 2006. Peut-il alors exiger le bilan et le compte de résultat ?

De ces extraits législatifs et réglementaires on peut déduire que toute personne physique (entreprise individuelle, commerçant) ou morale (société, voir article L.232-1 du Code de commerce) inscrite au registre de commerce et des sociétés (RCS) est obligée de tenir une comptabilité et de publier des comptes annuels. Ces comptes annuels comprennent au moins un bilan, un compte de résultat et une annexe. On pourrait donc interpréter l'arrêté du 28 août 2006 au sens large, le terme de « bilan » sous-entendant aussi le compte de résultat ? *A priori* oui, le terme bilan est dans ce cadre un terme générique. Il faut toutefois être prudent, en l'absence totale de jurisprudence sur ce point précis, la liste énumérée dans l'arrêté étant strictement limitative et le juge administratif étant plutôt enclin à une interprétation restrictive (voir les développements en infra sur la jurisprudence relative aux niveaux minimum de capacités). On relèvera toutefois l'article législatif cité plus haut du Code de commerce, qui qualifie l'ensemble de ces pièces de « tout indissociable ».

---

24. Pour en savoir plus sur la lecture d'un bilan et les ratios financiers, voir dans la bibliographie du présent ouvrage les références du fascicule de M. Koskas, qui donne une approche très simple, pédagogique et pratique de cet exercice délicat.

Arrêté du 28 août 2006, pris en application de l'article 45

Art. 1er […] « bilans ou extraits de bilans, concernant les trois dernières années, des opérateurs économiques pour lesquels l'établissement des bilans est obligatoire en vertu de la loi » ; […]

Code de Commerce

Article L123-12

Toute personne physique ou morale ayant la qualité de commerçant doit procéder à l'enregistrement comptable des mouvements affectant le patrimoine de son entreprise. Ces mouvements sont enregistrés chronologiquement.

Elle doit contrôler par inventaire, au moins une fois tous les douze mois, l'existence et la valeur des éléments actifs et passifs du patrimoine de l'entreprise.

Elle doit établir des comptes annuels à la clôture de l'exercice au vu des enregistrements comptables et de l'inventaire. Ces comptes annuels comprennent le bilan, le compte de résultat et une annexe, qui forment un tout indissociable.

Article R123-200

Pour l'application de l'article L. 123-16 relatif à l'adoption d'une présentation simplifiée des comptes annuels :

1. En ce qui concerne le bilan et le compte de résultat établis par les personnes physiques et personnes morales ayant la qualité de commerçant, le total du bilan est fixé à 267 000 euros, le montant net du chiffre d'affaires à 534 000 euros et le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice à 10 ;
2. En ce qui concerne l'annexe établie par les personnes morales ayant la qualité de commerçant, le total du bilan est fixé à 3 650 000 euros, le montant net du chiffre d'affaires à 7 300 000 euros et le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice à 50.

Le total du bilan est égal à la somme des montants nets des éléments d'actif.

Le montant net du chiffre d'affaires est égal au montant des ventes de produits et services liés à l'activité courante, diminué des réductions sur ventes, de la taxe sur la valeur ajoutée et des taxes assimilées […]

L'article 47-I de la directive 2004-18 évoque au point b), la présentation de « bilan ou extraits de bilan », et au point c), une déclaration concernant le chiffre d'affaires global. Le chiffre d'affaires étant une information du compte de résultat (compte 7), le fait de ne pas avoir mentionné ce dernier et d'avoir précisé la production « d'une déclaration concernant le chiffre d'affaires » sous-entend qu'il ne saurait être question d'exiger la présentation du compte de résultat. L'analyse financière se limitera donc aux ratios pouvant être extraits de l'analyse combinée du bilan et du chiffre d'affaires, ce qui est insuffisant mais permet toutefois de se faire une idée.

☐ *L'analyse financière*

Si l'on doit donc se contenter du bilan et du chiffre d'affaires, comment peut-on procéder ? Le bilan, schématiquement présenté dans le tableau 5.3, est une photographie du patrimoine de l'entreprise à la fin de l'exercice (alors que le compte de résultat présente le film de l'activité au cours de l'exercice passé). À lui seul, et plus encore, confronté au chiffre d'affaires, il peut toutefois donner des indications utiles à l'acheteur sur la capacité financière du candidat.

Tableau 5.3 Le bilan

Actifs (ou Emplois) = Passif (ou Ressources)	
Biens Créances Nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise	Capitaux propres (droits des propriétaires sur l'actif) Dettes (droits des tiers sur l'actif)

À partir de ces informations, l'acheteur peut connaître le niveau d'endettement de l'entreprise. Le ratio capitaux propres/dettes permet de mesurer le taux d'endettement. Le résultat figure au passif : il est positif si c'est un bénéfice, négatif si c'est une perte. L'actif est toujours égal au passif. Le résultat est égal aux produits, diminués des charges. Les produits correspondent principalement au chiffre d'affaires. Selon l'objet du marché et donc le secteur d'activité de l'entreprise, l'acheteur sera attentif à différentes informations :

- Marchés de fournitures : les candidats sont des entreprises de négoce. On s'attachera à examiner les éléments incorporels (fonds de commerce) dont la valeur peut être sujette à caution, surtout si l'entreprise affiche un faible bénéfice ou une perte. Attention au niveau des stocks et aux créances clients par rapport au total de l'actif, un montant trop élevé pouvant traduire des difficultés de l'entreprise (stocks invendables, créances irrécouvrables). On prêtera attention à l'évolution du chiffre d'affaires, une progression sur les différents exercices étant un point positif.
- Marchés industriels : on observera le poste de « frais de recherche et de développement », qui sont une immobilisation inscrite au bilan. Ces dépenses font l'objet d'un amortissement sur plusieurs

exercices. Si, en présence d'un résultat faible ou inexistant, ce poste est élevé, c'est préoccupant pour la santé financière de l'entreprise. En effet, quel est l'intérêt d'investir dans la recherche si cela n'a pas un effet positif sur le résultat ? On observera aussi l'évolution des dotations aux amortissements, qui doivent être suffisants pour permettre le renouvellement de l'équipement industriel de l'entreprise.

- Marchés de services : dans ces entreprises, la main-d'œuvre est l'élément essentiel. Il faudra donc rapprocher le chiffre d'affaires des effectifs et mesurer l'évolution parallèle des salaires et du chiffre d'affaires.
- Marchés de travaux : les « travaux en cours » correspondent aux chantiers non achevés à la date d'établissement du bilan. Ils peuvent représenter des niveaux 10 à 30 fois supérieurs au résultat de l'exercice, leur incidence est donc déterminante. Leur surévaluation peut masquer une mauvaise santé financière de l'entreprise. Compte tenu des faibles marges dans ce secteur, il faudra aussi prêter attention à l'état de la trésorerie de l'entreprise et les conditions dans lesquelles elle assure ses paiements (recours à l'emprunt, les charges financières pouvant compromettre la viabilité de l'entreprise ?).

On pourra aussi dégager quelques ratios permettant de se faire une idée de la gestion financière d'une entreprise.

Par exemple, les ratios $\frac{\text{bénéfice net}}{\text{capitaux propres}} \times 100$ et $\frac{\text{chiffres d'affaires}}{\text{capitaux propres}} \times 100$, permettent de déterminer la rentabilité des capitaux ainsi que la rentabilité du chiffre d'affaires. Plus le ratio est élevé, meilleure est la situation. Un ratio de 15 % peut être considéré comme satisfaisant.

On notera de plus que le nouveau Code, dans son article 45, prévoit que « il ne peut être exigé des candidats que des niveaux de capacités liés et proportionnés à l'objet du marché ».

Le tribunal de première instance des Communautés européennes a donné une interprétation intéressante de la capacité financière des entreprises. Dans un jugement ESEDRA SPRL c/ Commission européenne du 26 février 2002 (n° T-169-00), le

> Tribunal considère que « la capacité financière des candidats doit être appréciée par rapport à leur aptitude à payer leur personnel et leurs créanciers en cas d'attribution du marché, plutôt que par rapport à la valeur dudit marché ».

L'analyse de la capacité financière de l'entreprise nécessite une compétence technique que généralement les acheteurs publics n'ont pas. Une formation spécifique est donc indispensable, mais elle sous-entend comme pré-requis une connaissance de base de la comptabilité commerciale, compétence que l'on ne trouve que dans les services financiers des collectivités locales et des établissements publics, plus rarement dans les services de l'État. L'alternative serait de passer un marché à bons de commande avec un cabinet d'expert-comptable, lui soumettant au cas par cas les documents comptables des candidats lors des différentes procédures, charge au prestataire de remettre une analyse succincte des capacités financières de l'entreprise étudiée. Ce type de mission est assez basique pour un cabinet d'expertise comptable, qui peut le réaliser facilement et rapidement, pour un prix assez modeste.

> **Attention aux exigences maximalistes des capacités financières !**
>
> Dans un marché de prestations d'assistance informatique, l'ANPE avait indiqué dans l'avis d'appel public à concurrence que les candidats devaient justifier « d'un chiffre d'affaires au moins égal au montant maximum du marché ». Le juge a considéré que « s'il est loisible à l'acheteur public d'exiger la détention, par les candidats à l'attribution d'un marché public, de documents comptables et de références de nature à attester de leurs capacités, cette exigence, lorsqu'elle a pour effet de restreindre l'accès au marché à des entreprises, doit être objectivement rendue nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser ».
>
> Dans un arrêt n° 290712 du 17 novembre 2007, le Conseil d'État[25] a sanctionné l'ANPE pour avoir prévu « l'exigence d'un niveau de capacité financière des candidats à un marché public

25. Voir commentaire détaillé de cet arrêt dans Contrats et Marchés publics n° 1/2007 par Willy Zimmer, contribution n° 4, ainsi que son compte-rendu dans l'AJDA n° 41/2006, page 2255.

au moins égal au montant maximum du marché ». « Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'avis d'appel public à la concurrence indiquait que les candidats devaient justifier « d'un chiffre d'affaires au moins égal au montant maximum du marché » ; que les candidats devaient ainsi disposer d'un chiffre d'affaires annuel au moins égal à 32 240 000 € alors que le montant maximum de chacun des trois lots, qui portaient sur des prestations à exécuter pendant quatre ans, étaient respectivement de 8 240 000 €, de 18 600 000 € et de 5 400 000 € ; qu'ainsi, dans les circonstances de l'espèce, en imposant un tel niveau de capacité financière aux candidats au marché, alors qu'elle n'a fourni aucun élément établissant qu'un chiffre d'affaires égal au montant total des trois lots était rendu nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser, l'ANPE a méconnu les obligations de mise en concurrence auxquelles était soumise la passation du marché en litige ».

Cet arrêt rappelle l'exigence de proportionnalité exigée entre les capacités minimales imposées et l'objet du marché. Il contraint l'acheteur public à bien réfléchir aux obligations qu'il imposera aux candidats et à rester modeste et pragmatique dans ses exigences, se gardant bien de tout maximalisme.

5.2.2 Les références et capacités techniques

À titre indicatif, on rappellera les différentes capacités du candidat, définies à l'article 45 du Code 2004, détaillées dans l'arrêté du 26 février 2004. La réglementation précise que cette liste – déjà bien pourvue – est limitative. La figure 5.6 récapitule, à titre d'exemple, les différents renseignements pouvant être demandés au titre des capacités du candidat en application de l'arrêté du 26 février 2004. L'article 45 du nouveau Code semble donner davantage de liberté à l'acheteur, contrairement à l'arrêté en vigueur avec le Code 2004, qui énumérait une liste fermée[26]. Toutefois, cette liberté doit s'exercer avec discernement[27], un arrêté

26. Il conviendra d'observer avec la plus grande attention, la rédaction du nouvel arrêté.
27. « Le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des candidats que des niveaux de capacités proportionnés à l'objet du marché », art. 45 du nouveau Code.

prévoyant encore une liste, vraisemblablement ouverte ?[28] Si c'est le cas, cette liberté s'exercera donc sous le contrôle du juge.

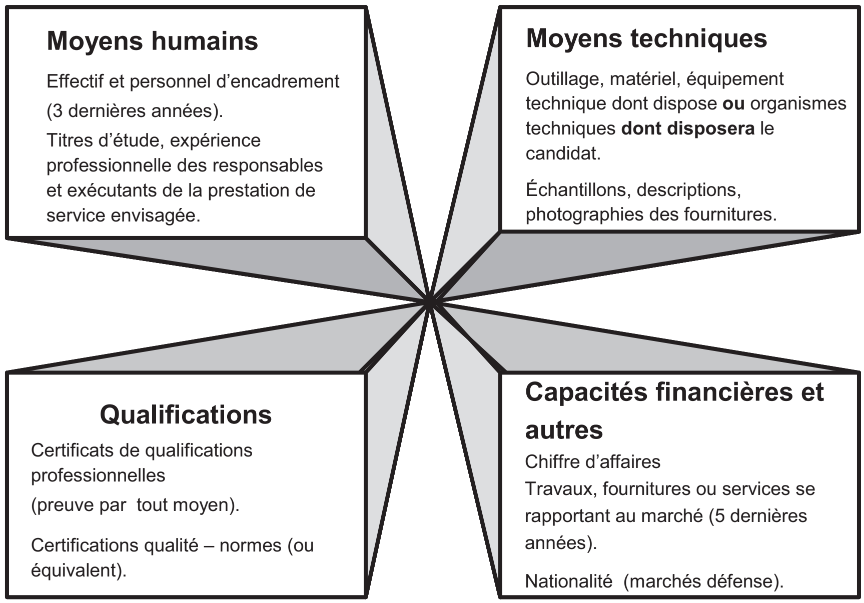


Figure 5.6 Les capacités du candidat, exigences maximales autorisées devant être précisées dans l'avis de publicité ou le règlement de consultation

Source : arrêté du 26 février 2004, JO du 11 mars 2004, Code 2004 (Code 2004)

Le candidat doit fournir toutes les justifications demandées par le règlement de consultation, faute de quoi sa candidature sera écartée[29]. Toutefois, les exigences de la personne publique, ayant pour effet de restreindre la concurrence, doivent être justifiées par l'objet du marché, la règle étant la liberté d'accès à la commande publique.

28. Arrêté non encore paru lors de la rédaction du présent ouvrage.
29. Conseil d'État 10 février 1997, société Révillon, Lebon tables p. 927, 941 et 1003.

Article 45 du nouveau Code des marchés publics

I. Le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des candidats que des renseignements ou documents permettant d'évaluer leur expérience, leurs capacités professionnelles, techniques et financières ainsi que des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager. En ce qui concerne les marchés passés pour les besoins de la défense, le pouvoir adjudicateur peut également exiger des renseignements relatifs à leur nationalité et, si l'objet ou les conditions du marché le justifient, à leur habilitation préalable ou à leur demande d'habilitation préalable, en application du décret n° 98-608 du 17 juillet 1998 relatif à la protection des secrets de la défense nationale.

La liste de ces renseignements et documents est fixée par arrêté du ministre chargé de l'Économie.

Il ne peut être exigé des candidats que des niveaux minimaux de capacité liés et proportionnés à l'objet du marché. Les documents, les renseignements et les niveaux minimaux de capacité demandés sont précisés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans les documents de la consultation.

Une même personne ne peut représenter plus d'un candidat pour un même marché.

II. Le pouvoir adjudicateur peut demander aux opérateurs économiques qu'ils produisent des certificats de qualité. Ces certificats, délivrés par des organismes indépendants, sont fondés sur les normes européennes.

Pour l'exécution des marchés de travaux ou de services dont l'exécution implique la mise en œuvre de mesures de gestion, environnementale, ces certificats sont fondés sur le système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS) ou sur les normes européennes ou internationales de gestion environnementale.

Dans les cas prévus aux trois alinéas précédents, le pouvoir adjudicateur accepte tout moyen de preuve équivalent ainsi que les certificats équivalents d'organismes établis dans d'autres États membres.

III. Pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, le candidat, même s'il s'agit d'un groupement, peut demander que soient également prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d'autres opérateurs économiques quelle que soit la nature juridique des liens existant entre ces opérateurs et lui. Dans ce cas, il justifie des capacités de ce ou ces opérateurs économiques et apporte la preuve qu'il en disposera pour l'exécution du marché.

Si le candidat est objectivement dans l'impossibilité de produire, pour justifier de sa capacité financière, l'un des renseignements ou documents prévus par l'arrêté mentionné au I et demandés par le pouvoir adjudicateur, il peut prouver sa capacité par tout autre document considéré comme équivalent par le pouvoir adjudicateur.

IV. Peuvent également figurer des renseignements sur le respect de l'obligation d'emploi mentionnée à l'article L. 323-1 du Code du travail.

V. Si les documents fournis par un candidat en application d'un présent article ne sont pas rédigés en langue française, le pouvoir adjudicateur peut exiger que ces documents soient accompagnés d'une traduction en français certifiée conforme à l'original par un traducteur assermenté.

> **L'entreprise a-t-elle les capacités nécessaires à l'exécution du marché ?**
>
> « Le pouvoir adjudicateur doit être à même de vérifier la capacité de l'entreprise face aux obligations nées du marché si elle devait l'obtenir, soit à même d'apprécier les capacités et les garanties du candidat à exécuter le marché au regard des documents et renseignements fournis par lui. La liste des documents et renseignements est renvoyée à un arrêté du ministre chargé de l'Économie.
>
> Le pouvoir adjudicateur ne peut exiger que des renseignements qui ont un lien avec l'objet du marché, permettant d'évaluer leurs expériences, leurs capacités professionnelles, techniques et financières ainsi que les documents relatifs aux personnes habilitées à les engager. »
>
> Circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du Code des marchés publics

■ *Les références, éléments d'attestation des capacités du candidat*

Les références sont un aspect très important, car fort appréciées des acheteurs publics pour l'évaluation des capacités du candidat. Plus ces références seront proches de l'objet du marché, ou encore montreront une bonne expérience des administrations publiques, plus les chances de l'entreprise seront importantes. Or, pour que l'expérience existe, il faut bien la commencer un jour. C'est pourquoi, il semble excessif d'exiger systématiquement des références pour prestations similaires, dès lors que l'objet du marché ne présente pas de difficultés ou de criticité particulières. Dans ce cas en effet, l'exclusion sur cette base pourrait être sanctionnée, comme contraire au principe de liberté d'accès à la commande publique. En revanche, dans le cas d'une procédure restreinte, l'éventail des références proposées permettra un classement qualitatif des candidats, ceux ayant les références les plus proches et les plus nombreuses seront classés devant les autres, ne disposant que de références plus lointaines ou plus anciennes. Les entreprises peuvent aussi produire, pour preuve de leurs capacités, des certificats et attestations de maîtres d'ouvrage publics et privés pour lesquels elles ont réalisé des prestations.

> **Un candidat ne pourra plus être exclu pour références insuffisantes ?**
>
> **Le nouveau Code, dans son article 52, stipule que « l'absence de références à de précédents marchés de même nature ne peut constituer un critère éliminatoire ». Les acheteurs publics sont friands de références : si ce critère ne peut être « éliminatoire », la commission d'appel d'offres ou l'autorité habilitée peut**

> toujours estimer, en regard de l'objet du marché, que les références ou l'absence de références présentées attestent l'incapacité du candidat à assurer le marché et conduisent par là au rejet de sa candidature. En cas de contentieux, la motivation confirmera ou infirmera la régularité de la décision.
>
> Par ailleurs, dans une procédure de type appel d'offres restreint, marché négocié ou encore dialogue compétitif (sélection préalable de candidats qui seront seuls autorisés à présenter une offre), les candidats dotés de bonnes références seront *de facto* classés avant ceux qui n'en possèdent pas.

La question de l'indication de leurs références par les avocats a fait l'objet d'une jurisprudence intéressante en 2005. D'après le Conseil d'État, la production de références par un avocat candidat à un marché, ne porte pas atteinte au secret professionnel. Toutefois, « le secret régissant leurs relations avec leurs clients est respecté dès lors que les renseignements qu'ils apportent ne comportent pas de mention nominative et ne permettent pas non plus d'identifier les personnes ». Cela permet à la collectivité d'avoir une idée des domaines d'interventions, à défaut de références détaillées. Le juge précise qu'un critère portant exclusivement sur les publications ne permet pas l'évaluation de « l'activité réelle » de l'avocat candidat, ni de sa « capacité dans le domaine juridique » considéré[30] (en ce sens qu'on ne peut retenir contre lui le fait qu'il n'ait pas ou peu publié d'ouvrages et de contributions dans des revues juridiques).

> **Attention à la période concernant les références à produire :**
>
> L'arrêté du 26 février 2004, déjà cité, pris en application de l'article 45 du Code 2004 des marchés publics, prévoit la possibilité d'exiger une « liste de travaux en cours d'exécution ou exécutés au cours des cinq dernières années » (cette possibilité est reprise à l'identique dans l'arrêté du 28 août 2006, actuellement en vigueur pour l'application de l'article 45 du Code). La ville de Bourges avait demandé à des candidats à un marché de travaux de voirie des références datant de moins de trois ans. Le juge des référés a annulé la procédure de passation,

30. Conseil d'État 7 mars 2005, communauté urbaine de Lyon, n° 274286, note AJDA n° 20/2005 p. 1128.

> **considérant que ce raccourcissement du délai de cinq à trois ans constituait une violation des obligations de publicité et de mise en concurrence (restriction du principe de liberté d'accès à la commande publique). Saisi en cassation par la ville, le Conseil d'État a jugé que les dispositions en cause, « si elles interdisent à l'acheteur public de demander la présentation de travaux exécutés depuis plus de cinq ans, […] ne font, en revanche, pas obstacle à ce qu'il limite les références demandées aux candidats à des travaux exécutés durant une période plus courte que les cinq dernières années, dès lors que la même période, déterminée en rapport avec l'objet du marché, est fixée pour tous les candidats ». En cela la haute juridiction n'a pas suivi les conclusions du commissaire du gouvernement qui avait estimé que la ville, en réduisant le délai de validité des références à trois ans, avait restreint le champ de la concurrence.**

Conseil d'État, 4 novembre 2005, commune de Bourges, n° 280406, cité par M.-C. de Montecler, AJDA 39/2005 p. 2148 et Christophe Belleuvre, www.achatpublic.com, « L'info du jour » 17 octobre 2005

Doit-on imposer un niveau de capacité minimum ? L'article 45 du Code des marchés publics dispose que « Il ne peut être exigé des candidats que des niveaux minimaux de capacités liés et proportionnés à l'objet du marché ». Une jurisprudence abondante autant que contradictoire, issue de requêtes en référés précontractuels, donne deux interprétations possibles[31] :

- C'est une simple faculté laissée à l'acheteur public d'imposer des capacités minimales, liées à l'objet du marché, selon les tribunaux administratifs[32] de Clermont-Ferrand, de Lyon, de Versailles, de Marseille, et de Basse-Terre ;
- Il s'agit d'une obligation imposée à l'acheteur public, son non-respect équivalant à un « manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence », justiciable de la procédure

31. Lire à ce sujet l'excellent article de Me Sébastien Palmier, « mieux vaut un minimum de formalisme en matière de niveaux de capacités », dans www.achatpublic.com, « commentaire », achatpublic.info du 1/12/2007.
32. TA Clermont-Ferrand Ord. 26 octobre 2007, Sté ISS Energie, n° 071777 ; TA Lyon Ord. 3 octobre 2007, Sté Citec Environnement, n° 0706067 ; TA Versailles, Ord. 20 août 2007, Sté Paprec Ile de France, n° 0707973 ; TA Marseille, Ord. 18 juin 2007, Sté Épuration pompage Urbain et Rural, n° 0703481 ; TA Basse-Terre Ord. 21 août 2007, Sté Tropic Travaux Signalisation, n° 07763.

de référé précontractuel (article L.551-1 du Code de justice administrative), selon les tribunaux administratifs[33] de Dijon, de Nice, de Nancy, de Lille et de Paris.

En l'attente de la position définitive du Conseil d'État, encore attendue au jour de la rédaction de ces lignes, la plus élémentaire prudence de l'acheteur public sera de se conformer aux exigences de sa juridiction de rattachement, dès lors qu'elle a rendu une décision.

■ ***Professions réglementées***

Si l'objet du marché renvoie à des prestations qui ne peuvent être effectuées que par une profession particulière disposant d'un monopole de droit, alors le candidat doit appartenir à l'ordre professionnel compétent. C'est le cas, par exemple, des avocats, architectes, géomètres experts, etc. pour les prestations spécifiques les concernant. Toutefois, il appartient à la personne publique de s'assurer que l'ensemble des prestations du marché rentre dans les attributions de la profession réglementée concernée, faute de quoi cette exigence serait irrégulière, car provoquant une restriction artificielle de la liberté d'accès à la commande publique. Un marché comportant des prestations réglementées et des prestations concurrentielles, doit alors faire l'objet d'un allotissement, ou bien permettre, par la désignation de lots techniques, la constitution de groupements comportant des membres des professions réglementées et d'autres entreprises.

> **Dans un arrêt du 30 juin 2004, le Conseil d'État a examiné la question du monopole des géomètres experts conjugué au libre jeu de la concurrence dans les marchés publics. Il a jugé que « s'il est loisible à l'administration d'exiger la détention par les candidats à l'attribution d'un marché public, d'un niveau de qualification minimal, il appartient au juge de s'assurer que cette exigence, lorsqu'elle a pour effet de limiter la concurrence en restreignant le nombre de fournisseurs possibles, est objectivement rendue nécessaire par l'objet du marché et la nature**

33. TA Dijon, Ord. 18 octobre 2007, Sté JC Decaux mobilier urbain, n° 070211 ; TA Nice, Ord. 27 septembre 2007, Sté GTS, n° 0704734 ; TA Nancy, Ord. 6 avril 2007, Sté Clear Channel France, n° 0700531 ; TA Lille, Ord. 26 mars 2007, Sté Shanks Nord, n° 0701645 ; TA Paris, Ord. 22 mars 2007, Sté Unilog Services, n° 0703033.

des prestations à réaliser. » Dans le cas d'espèce, les prestations commandées n'entraient pas dans le champ du monopole légal de la profession. L'administration invoquait un souci de qualité et d'efficacité, pour justifier l'exigence du titre de géomètre expert dans le règlement de consultation. Le juge a considéré que cette exigence n'était pas objectivement nécessaire et portait atteinte au libre jeu de la concurrence.

Conseil d'État, 30 juin 2004, ministère de l'Équipement, des Transports, du Logement, du Tourisme et de la Mer, n° 261919, commentaire de J.-D. Dreyfus, AJDA n° 32/2004 p. 1771, *Contrats Marchés Publics* n° 10, octobre 2004, n° 192, p. 21, commentaire J.-P. Piétri

■ *Qualifications obligatoires du fait du marché*

En dehors du cas particulier des professions réglementées, des qualifications techniques peuvent être obligatoires pour effectuer certains travaux. Ces situations se retrouvent fréquemment dans le bâtiment et travaux publics, ainsi que les prestations connexes. Ces qualifications doivent être spécifiées et le candidat doit apporter la preuve qu'il les possède.

À titre d'exemple, on peut citer les fouilles archéologiques qui ne peuvent être effectuées que par des entreprises disposant d'un agrément, la formation continue qui ne peut être effectuée que par un organisme disposant d'un numéro de déclaration d'activité, ou encore les marchés de contrôle technique du bâtiment, de contrôle technique ferroviaire, etc.

Dans le cas d'un marché de travaux relatif à l'entretien, la maintenance, la rénovation et l'extension des installations d'éclairage public et de signalisation lumineuse de la commune de Neuilly-Plaisance, le règlement de consultation de l'appel d'offres restreint imposait des qualifications professionnelles spécifiques. Ces certificats concernaient notamment l'habilitation aux travaux neufs de haute technologie et de régulation du trafic routier. La commission d'appel d'offres s'est aperçue, au moment de l'analyse des offres, qu'un des candidats n'avait pas fourni ces qualifications et a déclaré l'offre irrecevable. Le juge a considéré que la CAO était tenue « d'écarter l'offre d'une entreprise qui ne dispose pas desdites qualifications professionnelles si cette entreprise a, par erreur, été admise à présenter une offre et ce, afin de ne pas méconnaître les règles de mise en concurrence, et notamment le principe d'égalité entre les candidats admis à présenter une offre ; que l'erreur commise

> **par l'administration au stade de la sélection préalable des candidatures peut seulement ouvrir droit à réparation dans l'hypothèse où un préjudice en serait résulté pour l'entreprise dont la candidature a été sélectionnée par erreur ».**

TA Cergy-Pontoise, 5 juin 2001, société Cégelec, n° 0002014/3 et 0035857/3,
Marchés publics n° 4/2001, février 2002, ministère de l'Économie et des finances

■ *Certifications qualité et certificats d'identité professionnelle*

Les capacités professionnelles peuvent être prouvées par tout moyen, y compris des certificats d'identité professionnels. Les certificats type « Qualibat », « Qualifelec », etc. ne peuvent être imposés que si l'avis de publicité ou le règlement de consultation précise que la capacité peut être apportée par tout moyen ou équivalent[34].

Les certifications qualité type « ISO » ne peuvent non plus être imposées, car ils participent d'une démarche volontaire des entreprises. Une entreprise non certifiée peut apporter des éléments prouvant qu'elle pourrait être certifiée, ces éléments devant être appréciés au même titre que la qualification elle-même.

> **[…] « Certificats de qualifications professionnelles. L'acheteur doit dans ce cas préciser que la preuve de la capacité de l'entreprise peut être apportée par tout moyen, notamment par des certificats d'identité professionnelle ou des références à des travaux attestant de la compétence de l'entreprise à réaliser la prestation pour laquelle elle se porte candidate.**
>
> **Certificats établis par des services chargés du contrôle de la qualité et habilités à attester la conformité des fournitures ou des services à des spécifications ou des normes. L'acheteur public acceptera toutefois d'autres preuves de mesures équivalentes de garantie de la qualité produites par les prestataires de services, si ceux-ci n'ont pas accès à des certificats ou n'ont aucune possibilité de les obtenir dans les délais fixés » […]**

Arrêté du 26 février 2004, JO du 11 mars 2004, liste des renseignements et/ou documents
pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics
(application de l'article 45, alinéa premier, du Code des marchés publics)

34. Conseil d'État 28 avril 2003, Fédération française du bâtiment-Association Qualibat, n° 241986 et 241982 et Conseil d'État 26 novembre 2001, région Rhône Alpes, n° 236009.

Les certifications qualité rassurent. C'est pourquoi l'on tend à constater une inflation de ce type d'exigence, quelle que soit la difficulté du marché.

L'organisme professionnel de qualification QUALIBAT[35] a rédigé une fiche[36] relative à l'exigence du certificat de qualité dans les marchés publics. Cette fiche rappelle les dispositions réglementaires (article 45 du Code des marchés publics) et propose des règles pratiques d'utilisation. L'organisme, comme on peut s'y attendre, préconise l'utilisation de tels certificats.

Des exigences excessives par rapport à l'objet du marché conduiront l'acheteur à éliminer, dès la candidature, des entreprises qui pourtant, auraient pu donner toute satisfaction. La qualité de la concurrence s'en trouvera d'autant amoindrie : les certifications ont un coût, elles seront bien entendu répercutées sur les prix. Une généralisation dans ce sens est de nature à avantager les grosses et moyennes structures, au détriment des petites : avant de lancer des négociations internationales pour essayer de mettre en place une discrimination positive au profit des PME, à l'instar du Small Business Act aux États-Unis, on pourrait tout simplement commencer par avoir des exigences mesurées et adaptées aux enjeux.

Directive 2004-18/UE du 31 mars 2004

La directive 2004-18, dans son article 52, offre la possibilité aux États membres d'instaurer une certification par des organismes de certification publics ou privés., dont le champ d'application est toutefois limité (non-interdiction, non-condamnation, bilan et chiffre d'affaires, références et moyens, en faisant une distinction entre travaux, fournitures et services).

« 5. […] Toutefois, une telle inscription ou certification ne peut pas être imposée aux opérateurs économiques des autres États membres en vue de leur participation à un marché public. Les pouvoirs adjudicateurs reconnaissent les certificats équivalents des organismes établis dans d'autres États membres. Ils acceptent également d'autres moyens de preuves équivalents. […] »

35. Qualibat, 5 avenue Kléber, 75784 Paris Cedex 16.
36. Fiche publiée par *Le Moniteur des travaux publics et du bâtiment* du 23 février 2007 (cahier détaché, page 20).

■ *Capacités techniques et marchés industriels*

L'administration a recours à ce type de marché, dès lors qu'elle fait réaliser des fournitures spécifiques, pour son compte. Ces marchés sont couramment utilisés au ministère de la Défense, mais peuvent l'être occasionnellement par d'autres entités publiques. Dans ce cas, l'administration ne doit pas se priver de la possibilité[37] qui lui est offerte de vérifier les capacités techniques, dans le domaine industriel, de ses prestataires potentiels. L'intérêt d'une telle possibilité est de pouvoir choisir parmi des entreprises industrielles, à l'exclusion de simples importateurs-revendeurs[38] voire même de sociétés type « bureau-téléphone ». Elle trouve son intérêt dans des préoccupations telles que :

- assurer la sécurité des approvisionnements ;
- assurer la garantie de qualité constante du produit ;
- prévenir un risque de non-qualité ;
- garantir le suivi du produit…

« À titre d'exemple, il est manifeste qu'un secteur aussi sensible que celui de la fourniture des équipements textiles et d'habillement liés aux produits de sécurité-défense, justifie que des considérations et des appréciations particulières soient réservées à la qualité des fournitures, et notamment à la sécurité d'approvisionnement et de suivi en cas de conflit militaire ».[39]

---

37. Article48 directive 2004-18, article 45 décret 2004-15 déjà mentionné, et son arrêté d'application du 26 février 2004 : « Déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire ou l'entrepreneur dispose pour l'exécution des services ou de l'ouvrage et déclaration mentionnant les techniciens ou les organismes techniques dont l'entrepreneur disposera pour l'exécution de l'ouvrage. »
38. Ne pourrait-on parler de sous-traitance totale dans le cas d'un importateur-revendeur qui n'a pas d'outil de fabrication et fait donc faire l'intégralité du produit par un sous-traitant, alors qu'il s'agit d'un produit « sur mesures » et non d'une fourniture courante (il y a donc bien contrat d'entreprise et non un simple contrat de vente, le contrat d'entreprise caractérisant la sous-traitance) ?
39. *In Guide pour l'attribution des marchés publics de fourniture de la filière textile-habillement, PROMPTEX – EURATEX* – Fédération syndicale européenne du textile, MM. F. Libert et J. Sohier, Mme C. De Ruyt, cabinet Lallemand et Legros, 2004.

■ *Autres exigences prévues dans l'avis de publicité*

Si les pouvoirs adjudicateurs disposent d'un large pouvoir d'appréciation pour admettre ou refuser des candidatures à un marché, ils sont soumis à une obligation de vigilance. Le juge considère qu'il est de leur devoir d'éliminer les candidats dont les garanties professionnelles et/ou financières leur paraissent insuffisantes.[40] Toutefois, l'administration est tenue d'indiquer dans l'avis de publicité ou le règlement de consultation les justificatifs permettant d'apprécier les capacités des candidats, et de s'y conformer strictement.[41]

Les qualifications techniques demandées doivent être justifiées par l'objet du marché et proportionnées à celui-ci.

> La décision du maître d'ouvrage d'écarter une entreprise, se fondant sans éléments de justification précis, sur l'insuffisance des références de l'entreprise par rapport aux travaux prévus. Il s'agissait d'un marché de travaux prévoyant la mise en place de plusieurs collecteurs, ne présentant pas de difficulté particulière. Le candidat avait joint diverses attestations de nature à certifier ses capacités professionnelles. Le juge a considéré le rejet non motivé, constitutif d'une erreur manifeste d'appréciation, cette décision ayant causé un préjudice indemnisable car privant l'entreprise d'une « chance sérieuse » d'obtenir le marché.

Conseil d'État, 13 octobre 1993, commune des Mées, n° 142080

> Est insuffisante la publicité relative aux conditions de candidature qui se contente de faire référence à l'art. 45-1 du Code des marchés publics sans indiquer ceux des renseignements et documents sur lesquels le pouvoir adjudicateur entend se fonder pour apprécier les capacités des candidats parmi ceux mentionnés par l'arrêté du 26 février 2004.

Tribunal administratif de Lyon, 27 février 2007, société Verdicité, n° 700727[42]

---

40. CAA Nantes, 17 novembre 1999, université d'Angers, n° 9601282.
41. Conseil d'État, 10 février 1997, société Révillon, n° 169309 déjà cité.
42. Pour un commentaire détaillé de l'arrêt, voir *Contrats et marchés publics* n° 6/ 2007, contribution n° 170, commenté par W. Zimmer

■ *Le formalisme des justifications apportées*

Jusqu'où l'administration peut-elle pousser le formalisme dans la vérification des attestations présentées ? Les formulaires et attestations doivent être signés[43], sous peine de rejet (sauf si l'autorité délégataire décide de demander une régularisation dans un délai maximum de 10 jours, disposition prévue à l'article 52 du Code). Toutefois la personne publique ne peut éliminer une candidature faute de « pouvoir » dans la première enveloppe si elle n'a pas exigé expressément la présence de ce document dans l'avis d'appel public à concurrence[44].

Le candidat ne doit pas supporter les conséquences des dysfonctionnements des organismes chargés de délivrer les attestations : ainsi l'absence de cachet de l'URSSAF sur un certificat n'est pas une raison suffisante pour éliminer un candidat[45].

> **Les photocopies des différents documents et attestations produits n'ont pas à être certifiées conformes depuis le décret n° 2001-899 du 1er octobre 2001 portant abrogation des dispositions réglementaires relatives à la certification conforme des documents délivrés par les autorités administratives.**

L'administration se prononce sur l'admission de la candidature au vu des pièces qui lui sont communiquées. Elle peut toutefois éliminer un candidat qui aurait présenté des insuffisances dans des marchés antérieurs, avec l'administration contractante[46]. Encore faut-il pour cela détenir des preuves suffisantes, telles que des mises en demeure, des décisions de pénalités, voire de résiliation pour faute. La jurisprudence ne dit pas combien de temps il faut pour qu'une entreprise puisse s'amender… Elle ne peut tenir compte d'informations qui ne ressortent pas des pièces du dossier, ou de faits dont l'exactitude matérielle ne peut être prouvée. Un rejet sur de tels motifs aurait toute chance d'être annulé par le juge.[47]

---

43. Conseil d'État 13 novembre 2002, commune du Mans n° 245354.
44. Conseil d'État 9 juillet 2003, société Scolarest, n° 254196.
45. Conseil d'État, 22 juin 1998, région Ile-de-France.
46. Conseil d'État, 27 février 1987, hôpital départemental Esquirol, n° 61402.
47. Conseil d'État, 20 avril 1993, Syndicat départemental d'électricité de la Drôme, n° 81843.

■ *Qualifications et références environnementales et sociales*

☐ *Références environnementales*

L'article 45 permet de demander des renseignements sur le savoir-faire du candidat en matière de protection de l'environnement. Cette nouveauté, introduite par le Code 2004, est en cohérence avec l'ajout de ce critère pour le choix des offres. On notera que le nouveau Code réserve cette possibilité aux seuls marchés de travaux et de services : on peut se poser alors la question des normes environnementales pour les marchés industriels ! Ainsi un industriel respectueux de l'environnement ne pourra faire l'objet d'un avantage par rapport à un autre soumis à des règles minima, voire pas de règles du tout.

Cette notion renvoie toutefois à une tendance à l'instrumentalisation politique de la commande publique, dépassant le cadre strict de la satisfaction d'un besoin de la collectivité. Cette disposition n'existe pas explicitement dans les capacités techniques et/ou professionnelles énumérées dans la directive 2004-18, dans son article 48. Tout au plus permet-elle, dans son article 50, la demande de « production de certificats établis par des organismes indépendants, attestant que l'opérateur économique se conforme à certaines normes de gestion environnementales, ils [les pouvoirs adjudicateurs] se reportent au système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS) ou aux normes de gestion environnementales fondées sur les normes européennes […] Ils acceptent également d'autres preuves de mesures équivalentes de gestion environnementales produites par les opérateurs économiques ». Par ailleurs, dans deux communications interprétatives[48] du 28 novembre 2001, la Commission considérait qu'il ne pouvait être tenu compte de considérations environnementales ou sociales au niveau des candidatures, sur la base des règles visant à évaluer la situation économique et financière des candidats.

48. Communication de la Commission sur les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans les marchés publics, point 1-3-2, cité par Anne Bréville, CP-ACCP n° 39 p. 40, décembre 2004.

☐ *Références sociales*

La loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits des personnes handicapées, a subordonné l'accès à la commande publique au respect des dispositions du Code du travail quant à l'emploi d'un quota de personnes handicapées et/ou au paiement d'une redevance spécifique (art. 43 du Code). L'article 45-IV, relatif aux capacités du candidat, permet de demander au candidat « des renseignements [...] sur le respect de l'obligation d'emploi mentionné à l'article L. 323-1 du Code du travail ». Cette disposition introduit la confusion : s'agit-il d'une condition de régularité (art. 43) dont le non-respect entraîne un rejet de la candidature, ou bien d'une condition de capacité (art. 45-V) qui fait l'objet d'une appréciation par l'acheteur, dès lors qu'elle est liée à l'objet du marché ? La question n'est pas tranchée, force est de constater une fois de plus les effets négatifs en terme de sécurité juridique d'une instrumentalisation de la commande publique : « l'enfer est pavé de bonnes intentions... »[49]

Les différentes exigences de capacité sont résumées dans le tableau 5.4, sous réserve de modifications après parution du nouvel arrêté d'application de l'article 45 du Code des marchés publics.

49. « L'enfer est pavé de bonnes intentions, ou de la difficulté de faire respecter la législation relative aux travailleurs handicapés », Florian Linditch, JCP A n° 10/2005, 7 mars 2005, p. 489, à propos de l'introduction de ces dispositions dans le Code 2004, articles 44-I et 45-1°.

Tableau 5.4 Les capacités du candidat

Disposition	Référence législative ou réglementaire	Modalités pratiques : Imprimé DC5 et/ou tous documents de l'entreprise	Observations
Capacités professionnelles, techniques et financières	Art. 45 CMP Arrêté du 26 février 2004. Art. 52 CMP : conditions d'élimination des candidats, critères de sélection pour des procédures restreintes	« Chiffre d'affaires global et chiffre d'affaires concernant les fournitures, services ou travaux auxquels se réfère le marché » (3 dernières années). « Effectifs et personnels d'encadrement » (3 dernières années).	Exigences « maximales » devant être modulées en fonction de l'objet du marché, de sa technicité, des contraintes, des spécificités… **Elles ne doivent pas être discriminatoires.** Ou autres preuves de mesures équivalentes de garantie de qualité si non accès à des certificats ou aucune possibilité de les obtenir dans les délais fixés. » L'exigence d'un niveau de qualification professionnelle doit être rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations (CE 30 juin 2004, ministère de l'Équipement, n° 261919). Preuve par tout moyen, notamment « certificats d'identité professionnelle », ou « références de travaux attestant de la compétence de l'entreprise à réaliser la prestation pour laquelle elle est candidate. »
		Fournitures et services : Liste fournitures et services (3 dernières années), date et destinataire. Certificats établis par des services de contrôle qualité et habilités à attester la conformité à des spécifications ou normes. Échantillons, description et/ou photographies des fournitures.	

Tableau 5.4 Les capacités du candidat (suite)

Disposition	Référence législative ou réglementaire	Modalités pratiques : Imprimé DC5 et/ou tous documents de l'entreprise	Observations
		Services : Titres d'études et/ou expérience professionnelle des responsables et exécutants de la prestation de service.	
	Disposition induite par la loi 2005-102 du 11 février 2005.	**Travaux** : Liste travaux (5 dernières années), date et destinataire. Outillage, matériel et équipement technique pour l'exécution des services ou de l'ouvrage. Certificats de qualification professionnelle. Organismes techniques dont l'entrepreneur disposera pour l'exécution de l'ouvrage. Certificats de qualité	
Pouvoirs de la personne habilitée		Préciser l'exigence dans l'AAPC, imprimé DC4 (lettre de candidature) ; le DC5 doit être signé d'une personne pouvant engager l'entreprise.	En cas d'absence de pouvoir, exclusion si obligation prévue dans l'AAPC (CD 9 juillet 2003, société Scolarest, n° 254196).
Nationalité		Marchés dans le domaine de la Défense portant sur les armes, munitions et matériel de guerre.	Exigence non applicable aux autres marchés.

Tableau 5.4 Les capacités du candidat (fin)

Disposition	Référence législative ou réglementaire	Modalités pratiques : Imprimé DC5 et/ou tous documents de l'entreprise	Observations
Savoir-faire en matière de protection de l'environnement		Références, etc. Certificats établis par des organismes indépendants (EMAS, ISO 14001).	Justifiées par l'objet du marché.
Respect de l'obligation d'emploi de personnes handicapées		?	Ambiguïté/condition de régularité sur le même sujet, introduite par le même texte dans l'art. 44-1 CMP.
Capacités de sous-traitant(s)		Idem attributaire	Les capacités des éventuels sous-traitants s'ajoutent aux capacités propres de l'entreprise dans les domaines prévus.

5.2.3 Les cas particuliers

■ ***Les candidats ayant participé à des études amont***

Dans la mesure où un candidat potentiel a participé à des études antérieures qui ont conduit à la préparation du cahier des charges, peut-on l'autoriser à concourir ou au contraire faut-il d'emblée l'exclure de la compétition ? Cette question est délicate et mérite une étude au cas par cas, à l'aune du principe d'égalité de traitement des candidats. En effet, il ne faut pas que ce travail amont confère un avantage substantiel à ce prestataire par rapport aux autres. Sur un plan général, les précautions élémentaires consistent en l'insertion de l'ensemble des résultats de l'étude au dossier de consultation du nouveau marché, et l'octroi d'un délai suffisant pour le dépôt des offres, pouvant aller bien au-delà des délais réglementés.

> **Cour de justice des communautés européennes, 3 mars 2005, Fabricom contre État belge, n° C-2103 et C-3403**
>
> Marché d'étude, présentation au marché de réalisation
>
> « Les directives de marchés publics s'opposent :
>
> – À une règle nationale par laquelle n'est pas admise l'introduction d'une demande de participation ou la remise d'une offre pour un marché public de travaux, de fournitures ou de services par une personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de ces travaux, fournitures ou services, sans que soit laissée à cette personne la possibilité de faire la preuve que, dans les circonstances de l'espèce, l'expérience acquise par elle n'a pu fausser la concurrence.
>
> – À ce que l'entité adjudicatrice puisse refuser, jusqu'à la fin de la procédure d'examen des offres, que participe à la procédure, ou remette une offre, l'entreprise liée à toute personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de travaux, fournitures ou services, alors que, interrogée à cet égard par le pouvoir adjudicateur, cette entreprise affirme qu'elle ne bénéficie pas de ce chef d'un avantage injustifié de nature à fausser les conditions normales de la concurrence. »

Directive n° 2004-18/CE du 31 mars 2004, considérant (8)

« Avant le lancement d'une procédure de passation d'un marché, les pouvoirs adjudicateurs peuvent, en recourant à un « dialogue technique », solliciter ou accepter un avis pouvant être utilisé pour l'établissement du cahier des charges, à condition que cet avis n'ait pas pour effet d'empêcher la concurrence. »

Au niveau national, le Conseil d'État avait déjà pris une position similaire dans un arrêt précédent.

Conseil d'État, 27 juillet 1998, ministère de la Justice contre société Genicorp, n° 177952

Autorisation à soumissionner si participation amont :

Une entreprise qui a participé à la réalisation d'une prestation servant par la suite à la passation d'un marché est admise à y soumissionner si les informations qu'elle a obtenues ne sont pas de nature à lui apporter des avantages vis-à-vis des autres concurrents, ce qui était le cas, car elle ne disposait d'aucun élément d'information relatif aux conditions financières.

Il s'agissait de la création d'une application informatique « gestion des détenus ».

Genicorp a conçu l'application et participé à l'élaboration d'un programme fonctionnel détaillé pour le marché de réalisation, prévu sur appel d'offres sur performances. La société a été exclue de la procédure par la PRM.

Le juge a considéré qu'est régulière la possession de l'étude de faisabilité d'un projet par l'un des candidats à la passation d'un marché de définition au stade de la simple sélection des candidatures. Cette simple possession ne conférant pas d'avantage particulier a ce stade de la procédure, et dès lors que l'étude de faisabilité a été remise à l'ensemble des candidats.

« La question de la recevabilité d'une candidature peut se poser lorsque le candidat a déjà participé à une étude portant sur l'opération objet de la consultation. La Cour de justice européenne a considéré dans un arrêt du 3 mars 2005 qu'une telle candidature était acceptable si l'entreprise apporte la preuve qu'elle n'a pas tiré avantage de la situation. En ce cas, il revient à l'acheteur public d'obtenir des candidats concernés tous les

éléments permettant d'apprécier l'avantage éventuel qu'ils tireraient de leur participation à l'opération en cause.

Dans cette hypothèse, la Commission recommande d'inclure dans le dossier de consultation des entreprises l'ensemble des documents et des informations résultant des travaux déjà effectués et de prévoir un délai de réponse suffisant pour permettre à l'ensemble des concurrents de prendre connaissance du document de consultation des entreprises. »

Il convient d'ajouter à cette observation de la CMPE que l'acheteur devra veiller, lors de la rédaction des marchés d'études « amont », à insérer au CCAP, des clauses relatives à l'utilisation des droits de propriété intellectuelle lui permettant de publier les résultats de ces études lors de la consultation ultérieure relative à la réalisation de l'opération.

CMPE, rapport d'activité 2005 (II.E.3)

Dans une réponse écrite à une question parlementaire, le ministre de l'Intérieur et de l'aménagement du territoire indique que « comme l'a souligné la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt du 3 mars 2005, Fabricom SA contre État belge (affaires C-21/03 et C-34/03), en pareil cas, ce prestataire pourrait se trouver favorisé par rapport aux autres soumissionnaires en ce qui concerne la formulation de son offre. Il pourrait aussi, même involontairement, avoir influé sur les caractéristiques du marché à venir dans un sens qui lui est favorable. Compte tenu de la différence des situations, il ne serait donc pas fondé à invoquer le bénéfice d'une stricte égalité de traitement. Pour autant, interdire à cette entreprise, en toutes circonstances, de présenter une offre, constituerait une mesure disproportionnée et injustifiée de la part de l'acheteur public. Ce prestataire pourra donc être admis à participer à la procédure d'attribution du marché à condition de prouver que dans les circonstances de l'espèce, la connaissance du besoin qu'il a pu acquérir dans la phase préparatoire n'est pas de nature à fausser la concurrence entre les soumissionnaires. »

Réponse ministérielle, question JO Sénat J-L Masson du 29 mars 2007,
réponse JO Sénat du 14 mai 2007

■ *Candidatures groupées et possibilité de groupement conjoint sur un marché unique*

Le groupement permet à des entreprises de répondre ensemble à des marchés qui, individuellement, resteraient hors de leur portée (voir *supra*, chapitre I.2.2, figures 1.5 et 1.6). En toute logique, les capacités du candidat seront évaluées sur la somme des capacités des membres du groupement, même si, juridiquement, le groupement ne dispose pas de la personnalité morale. Si le mandataire reste le coordonnateur et l'interlocuteur du pouvoir adjudicateur, qu'il signe seul, le cas échéant (article 51 du nouveau Code), l'acte d'engagement, chaque membre du groupement est juridiquement titulaire du marché.

En revanche, les conditions de régularité s'apprécieront pour chacun des membres du groupement.

> **Le groupement est régi par un contrat de droit privé, la convention de groupement. Ce contrat n'est pas opposable à la personne publique qui ne peut en exiger la production, à la différence du contrat de sous-traité dont la loi du 31 décembre 1975 prévoit la présentation au maître d'ouvrage, sur demande de celui-ci à l'entreprise principale. L'expérience prouve que bien souvent, ce document n'existe pas : en cas de problème, les entreprises se retournent vers l'administration qui n'a pas le pouvoir de s'immiscer dans ces relations de droit privé interentreprises.**

Article 52 du nouveau Code des marchés publics

[…] « L'appréciation des capacités professionnelles, techniques et financières d'un groupement est globale. Il n'est pas exigé que chaque membre du groupement ait la totalité des compétences techniques requises pour l'exécution du marché. »

Un groupement conjoint peut répondre sur un lot ou un marché unique, dans la mesure où les prestations à l'intérieur du marché sont décomposées en « lots techniques » distincts. Il n'est pas nécessaire d'avoir prévu des lots séparés pour admettre un simple groupement conjoint. En effet, le Code prévoit sans ambiguïté, depuis la réforme 2004, que « le groupement est conjoint lorsque chacun des prestataires membre du groupement s'engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées

dans le marché »[50]. Il s'agit bien de « prestations », et non pas de lots au sens juridique du terme. La jurisprudence avait déjà fait la distinction entre « lot technique », simple prestation circonscrite à l'intérieur d'un marché et « lot juridique » en application de l'article 10 du Code, marché à part entière dans l'exécution.

> **« …que le maître d'ouvrage ait décomposé le marché en plusieurs ensembles de prestations techniques susceptibles chacun, d'être attribué à un membre du groupement, cette décomposition en lots techniques – qui est une opération différente de celle de l'allotissement de l'article 10 […] du présent Code, lequel consiste à conclure plusieurs marchés séparés – ne fait pas obstacle à la conclusion d'un marché unique ; qu'ainsi, se fondant sur la circonstance que le marché litigieux avait le caractère d'un marché unique pour juger que la collectivité publique ne pouvait pas réserver ce marché aux groupements conjoints, le premier juge a entaché son ordonnance d'une erreur de droit. »**

Conseil d'État, 30 juin 2004, OPHLM Nantes-Habitat, n° 261472,
Contrats Marchés Publics n° 10, octobre 2004, p. 22

Si le groupement solidaire est souvent préféré par les administrations pour la plus grande sécurité apparente et simplicité de gestion qu'il confère, il importe que celles-ci l'imposent uniquement à bon escient. En effet, ce type d'organisation, plus lourde, est susceptible de générer des coûts supplémentaires pour les entreprises qui ne manqueront pas de se reporter sur le client. La rémunération éventuelle du mandataire est assurée par les membres du groupement, dans le cadre de la convention.

De plus, la solidarité, même si elle n'est que financière et non technique, induit un partage de responsabilité en terme d'assurances obligatoires qui peut se révéler peu compatible avec le métier et/ou la taille des différents membres du groupement : ainsi, par exemple, le peintre devrait assurer la garantie décennale des autres entrepreneurs : maçon, électricien, etc. (voir *supra,* chapitre I.2.2).

50. Article 51-I.

Les entreprises conjointes et solidaires[51] le sont pour l'exécution des opérations mais aussi pour réparer les malfaçons relevant de la garantie décennale.

Conseil d'État, 24 février 1993, société SMAC Aciéroïd, n° 116352
(également CE 4 juin 1976, Société toulousaine immobilière, CE9 janvier 1976, société Caillol et Cie).

En cas de candidatures présentées en groupement, peut-on autoriser une même entreprise à soumettre de multiples candidatures à l'occasion d'un même marché ? Le Code prévoit qu'un « même prestataire ne peut pas être mandataire de plus d'un groupement pour un même marché »[52]. Il dispose aussi : « le règlement de la consultation peut interdire aux candidats de présenter pour le marché ou un de ses lots plusieurs offres en agissant à la fois en qualité de candidats individuels ou de membres d'un ou plusieurs groupements. »[53] C'est à l'acheteur de prendre cette décision, au vu des conditions générales de concurrence. Le but est d'obtenir une réponse aussi large que possible, tout en évitant d'autoriser ou de favoriser des comportements anticoncurrentiels. Ainsi, des candidatures multiples sous diverses formes auraient pour seul but de faire croire à une concurrence qui en réalité serait fictive.

Participation d'une entreprise à plusieurs groupements candidats :

« Dans le cadre de l'ancien Code des marchés publics, la cour juge qu'une entreprise peut participer à plusieurs groupements candidats à l'attribution d'un marché public et présenter simultanément sa candidature à titre individuel, dès lors qu'aucune pratique anticoncurrentielle n'est établie. »

Cour administrative d'appel de Paris, 23 novembre 2004, département de Seine-Saint-Denis,
n° 01PA001119, *Contrats et marchés publics* n° 2/2005, p. 27

On peut même retrouver une même entreprise titulaire d'un lot ou membre d'un groupement, et par ailleurs sous-traitante d'un autre titulaire. Cette situation peut se rencontrer dans le cas d'entreprises très spécialisées et peu nombreuses, dont l'intervention est indispensable. Il importe de rappeler que le sous-traitant n'est pas

51. Ancienne appellation des groupements solidaires.
52. Article51-IV du décret n° 2004-15 portant Code des marchés publics.
53. Article51-VII, *ibid.*

> **lié par le marché à la personne publique. La seule question serait relative au respect du droit de la concurrence.**
>
> **« Si le candidat à un marché public ne peut présenter plusieurs offres en agissant à la fois en qualité de candidat individuel et/ou membre de plusieurs groupements, la procédure d'appel d'offres pour la passation d'un marché public n'est pas viciée par le fait qu'une entreprise candidate soit également présente en tant que sous-traitant de deux autres candidats à l'attribution du même marché. En effet, si le sous-traitant est appelé à exécuter une partie des prestations prévues par un marché, il n'est pas candidat à ce marché. Selon le tribunal, cette situation n'est pas non plus anticoncurrentielle en soi. »**

Tribunal administratif de Paris, 13 mars 2003, société Renault Véhicules Industriels contre État, n° 30190216, (www.affairespubliques.com)

Pour que la candidature d'un groupement soit acceptée, il faut que la candidature de chacun des membres du groupement soit recevable sur le plan administratif. Comme on l'a vu, la capacité est mesurée sur la somme des capacités de chacun, en revanche les conditions de régularité ne peuvent être qu'individuelles : chaque membre du groupement devra remettre à la personne publique, par l'intermédiaire du mandataire, les copies des certificats fiscaux et sociaux (voir *supra,* chapitre II.5.1.2).

■ *Prise en compte des capacités d'un ou plusieurs sous-traitants*

Depuis la réforme du Code en 2004, un candidat peut demander, au stade de la candidature, que les capacités d'un ou plusieurs sous-traitants soient également prises en compte. Ce point nécessite la plus grande attention : un sous-traitant n'intervient que pour l'exécution du marché. Il n'est pas juridiquement lié à la personne publique. Le titulaire, au nom du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, est libre de changer de sous-traitant, sous réserve d'exigences minimales prévues dans l'article 112 du nouveau Code. Si la candidature a été retenue grâce à l'apport de capacité d'un sous-traitant, que se passe-t-il si le titulaire veut exercer en cours de marché, son droit à changer de sous-traitant ? On appliquera les dispositions législatives[54] et réglementaires[55] qui

54. Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.
55. Articles112 à 115 du nouveau Code des marchés publics.

imposent au titulaire de demander préalablement l'acceptation du sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement. Il reste qu'avec ce nouveau sous-traitant, le titulaire devra toujours faire preuve de capacités suffisantes pour exécuter le marché. Il est intéressant de noter, même si cela semble être théorique, que l'on peut rencontrer en cours d'exécution du marché, un problème relatif aux capacités du candidat, alors que cette question doit être réglée avant même l'ouverture des offres.

> Tout candidat peut demander à ce que les capacités de sous-traitants potentiels soient prises en compte, en complément des siennes propres : « Pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, le candidat, même s'il s'agit d'un groupement, peut demander que soient également prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d'autres opérateurs économiques quelle que soit la nature juridique des liens existant entre ces opérateurs et lui. Dans ce cas, il doit justifier des capacités de ce ou ces opérateurs économiques et du fait qu'il en disposera pour l'exécution du marché. »
>
> Sous quelle forme le candidat doit-il présenter les moyens d'un éventuel sous-traitant ? Selon Xavier Mouriesse[56], « la simple référence aux moyens d'une autre entreprise, ou aux liens de sous-traitance ou de filiation, ne devrait pas suffire, et il convient, au minimum, de produire des engagements écrits probants ».

TA Melun, 22 oct. 2004, SARL Sodipro, BJCP 2005, p. 175, concl. A. Jarrigue, obs. Ch. Maugüë

> Sur ce même sujet, Dominique Fausser écrit le commentaire suivant, dans sa revue d'actualité de septembre 2005, www.localjuris.com.fr :
>
> « DC13 – Annexe à l'acte d'engagement relative à la présentation d'un sous-traitant ou acte spécial, daté du 21 juillet 2005 avec notice explicative datée du 12 août 2005. L'archétype d'un document non opérationnel, voire même dangereux.

56. Docteur en droit public, avocat au barreau de Nantes, in *Contrats Marchés Publ*ics n° 11, novembre 2005, n° 9 « L'examen des capacités professionnelles, techniques et financières des candidats à un marché public ».

> – Lorsque ce document est utilisé pour la présentation d'un sous-traitant concourant à la qualification du titulaire, aucune information sous la rubrique des capacités et de la déclaration qu'il ne tombe pas sous une interdiction, ni même dans la notice, ne vient mentionner que ces renseignements ne sont pas à joindre en annexe de l'offre (donc, dans le présent DC13), mais en annexe de la candidature. C'est une belle invitation à commettre des erreurs. Une refonte du DC5 spécifique aux sous-traitants aurait été plus utile, comprenant un modèle d'engagement du sous-traitant s'engageant à mettre ses moyens à disposition du titulaire.
>
> Ce document ne contient pas la signature du sous-traitant, alors que la Cour Administrative d'Appel de Paris, 23 novembre 2004, n° 00PA01809, SA Charles Delau c/Conches-sur-Gandoire, l'a exigé pour qu'il puisse produire ses effets juridiques. »

■ *Candidatures des SCOP, artisans, CAT*

Il ne s'agit pas de candidatures préférentielles, mais d'un droit de préférence attribuant certains marchés ou certains lots dans des circonstances données, encadrées précisément par le Code : la préférence ne peut jouer qu'à « égalité de prix ou équivalence d'offre ». Ce dispositif, au demeurant assez complexe, correspond au désir constamment affiché des pouvoirs publics de favoriser certaines structures à des fins sociales, étant entendu que ces intentions sont strictement limitées par le principe de non-discrimination du traité de l'Union.

Ce droit de préférence s'entend à « égalité de prix ou à équivalence d'offre » :

- l'égalité de prix s'entend si l'acheteur a décidé de n'attribuer l'offre que sur un seul critère, le prix ;
- l'équivalence d'offre sur la base de plusieurs critères.

On mesure la limite de telles dispositions, prises dans les meilleures intentions, mais d'un effet pratique plus que limité.

■ *Marchés réservés*

En revanche, il est possible de réserver certains marchés, notamment aux ateliers protégés, conformément aux dispositions

Article 53-V du nouveau Code des marchés publics

1. « Lors de la passation d'un marché, un droit de préférence est attribué, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, à l'offre présentée par une société coopérative ouvrière de production, par un groupement de producteurs agricoles, par un artisan, une société coopérative d'artisans ou par une société coopérative d'artistes ou par des entreprises adaptées.
2. Lorsque les marchés portent, en tout ou partie, sur des prestations susceptibles d'être exécutées par des artisans ou des sociétés d'artisans ou des sociétés coopératives d'artisans ou des sociétés coopératives ouvrières de production ou des ateliers protégés, les pouvoirs adjudicateurs contractants doivent, préalablement à la mise en concurrence, définir les travaux, fournitures ou services qui, à ce titre, et dans la limite du quart du montant de ces prestations, à équivalence d'offres, seront attribués de préférence à tous autres candidats, aux artisans ou aux sociétés coopératives d'artisans ou aux sociétés coopératives ouvrières de production ou à des ateliers protégés.
3. Lorsque ces marchés portent, en tout ou partie, sur des travaux à caractère artistique, la préférence, à égalité de prix ou à équivalence d'offres prévu au 2°, s'exerce jusqu'à concurrence de la moitié du montant de ces travaux, au profit des artisans d'art ou des sociétés coopératives d'artistes. »

prévues dans la directive 2004-18/UE déjà citée (article 19). Dans ce cas, seules ces entreprises seront admises à concourir : il s'agit d'une dérogation notable au principe de non-discrimination.

Article 15 du nouveau Code des marchés publics

Certains marchés ou certains lots d'un marché peuvent être réservés à des entreprises adaptées ou à des établissements et services d'aide par le travail mentionnés aux articles L. 323-31 du Code du travail et L. 344-2 du Code de l'action sociale et des familles, ou à des structures équivalentes, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales. L'avis de publicité fait mention de la présente disposition. »

■ *Candidatures de personnes publiques*

Les personnes publiques peuvent répondre à une consultation dans le cadre concurrentiel normal. À ce titre, leur candidature sera examinée. Se pose alors la question de la recevabilité de la candidature et de l'évaluation des capacités. Ces dispositions étant d'ordre public, elles s'appliquent à tous. Les personnes publiques devront donc fournir les déclarations sur l'honneur et, en cas d'attribution, les justificatifs concernant les seules charges fiscales et sociales qu'elles supportent.

L'extension de la notion de concurrence sous l'emprise du droit européen ne permet pas de faire, *a priori*, de distinction entre les prestataires potentiels selon leur nature juridique. Le nouveau Code des marchés publics, dans son article 1er, définit les marchés comme des « contrats conclus à titre onéreux avec des opérateurs économiques publics ou privés par les pouvoirs adjudicateurs… »

Cette clarification apportée par le Code 2001, puis reprise par le Code 2004 et enfin, le nouveau Code, avait été antérieurement dégagée par la jurisprudence.

> **Conseil d'État, 20 mai 1998, communauté de communes de Piémont de Barr contre service d'assainissement du Bas-Rhin**
>
> **Les contrats conclus entre deux personnes publiques dès lors qu'ils ont pour objet une prestation de service relevant du secteur concurrentiel, s'ils ne sont pas soumis au Code des marchés publics, n'en demeurent pas moins soumis à la procédure communautaire et à une publicité préalable, en application de la directive services.**

En règle générale et au-delà des contrats ressortissant des marchés publics, le champ concurrentiel est de plus en plus étendu. En témoignent l'inclusion des contrats de mandat[57] puis les conventions publiques d'aménagement[58]. De même, le contrat conclu entre une administration publique et une société d'économie mixte doit respecter les règles communautaires de passation des marchés publics[59].

La personne publique ne doit pas pour autant introduire une rupture des conditions de concurrence[60].

> **Capacité des personnes publiques à se voir attribuer un marché : une personne publique qui se voit attribuer un marché doit être en mesure de démontrer qu'elle n'a pas bénéficié d'un avantage concurrentiel indu.**

Conseil d'État, 20 avril 2004, Fédération nationale des géomètres experts et autres, n° 233360

57. Conseil d'État, 5 mars 2003, UNSPIC et autres, n° 233372.
58. Cour administrative d'appel de Bordeaux, 9 novembre 2004, société Sodegis, n° 01BX00381, *Contrats et Marchés publics* n° 2/2005 p. 23.
59. CJCE, 11 janvier 2005, Stadt Halle.
60. Voir aussi sur le même sujet, la réponse du ministre de l'Intérieur du 16 mars 2004, QE n° 356 JO du 15/07/2002, JO AN du 16 mars 2004.

> Un établissement public administratif peut se porter candidat à l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public, aux conditions de respect de la liberté de la concurrence entre candidats : à ce titre il ne doit pas utiliser les avantages structurels dont il est doté pour assurer ses missions de service public. Le prix proposé doit être déterminé en « prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat ».

Avis du Conseil d'État 8 novembre 2000, société Jean-Louis Bernard Consultant, n° 222208

> On découvre ici la limite d'une intégration juridique gouvernée par des principes de libre concurrence dans le secteur marchand considéré au sens large, et une organisation administrative fondée sur l'économie mixte qui n'a pas évolué au même rythme. Chaque concept répond à sa logique parfaitement cohérente : c'est la juxtaposition des deux qui devient incohérente et gourmande en finances publiques. Ainsi, le contribuable paiera le prix fort dans le cadre du marché, pour éviter une rupture de concurrence. Mais le contribuable a déjà payé, par les impôts qui financent soit directement, soit par l'intermédiaire de subventions, l'opérateur public attributaire du marché ! Il ne devrait supporter qu'un coût marginal, celui directement lié à l'objet du contrat. Mais cela reviendrait à mettre hors jeu les entreprises privées qui supportent des charges que le secteur public ne supporte pas, ou indirectement. Pour le contribuable, cela revient donc à payer deux fois…

■ *Candidatures des PME*

Certaines dispositions en faveur des PME, introduites par la réforme du Code 2006, ont été annulées.

> « Considérant qu'en autorisant les pouvoirs adjudicateurs, dans le cadre des procédures d'appel d'offres restreint, de marché négocié et de dialogue compétitif, à fixer un nombre minimal de petites et moyennes entreprises admises à présenter une offre, les dispositions des articles 60, 65 et 67 du Code des marchés publics, applicables respectivement aux trois procédures précitées, conduisent nécessairement à faire de la taille des entreprises un critère de sélection des candidatures ; qu'un tel critère qui n'est pas toujours lié à l'objet du marché revêt un

> **caractère discriminatoire et méconnaît le principe d'égal accès à la commande publique [...] »**

Source : CE Sect. 9 juillet 2007 Syndicat EGF-BTP et autres, n° 297711, 297870 et autres

Des dispositions de nature à aider les PME candidates à la commande publique sont encore à l'étude dans le cadre d'un « Small Business Act » à la française (ou à l'européenne). On notera à ce sujet les suggestions très pertinentes du rapport de M. Lionel Stoléru de décembre 2007, « l'accès des PME aux marchés publics ».

5.3 L'admission des candidats

5.3.1 La vérification de la régularité de la candidature

■ ***Phase préalable***

Dans un premier temps, les services du pouvoir adjudicateur[61] procèdent à l'ouverture des plis. Ils doivent s'assurer :

- que les plis sont parvenus dans les délais requis. Les renseignements relatifs à l'arrivée des plis (le cas échéant, des échantillons) sont consignés dans le document « Registre de dépôt des offres », qui peut être un document spécifiquement ouvert pour la consultation[62] ;
- du contenu des plis, devant renfermer les pièces exigées dans la publicité et le règlement de consultation (concernant la régularité, les capacités et références demandées) ;
- de la conformité des pièces contenues dans les plis.

Les plis parvenus hors délais seront renvoyés à leurs expéditeurs, précisant leur date et heure d'arrivée dans les services, au-delà de la date et heure prévues.

---

61. En fonction des textes régissant l'organisation propre à chaque pouvoir adjudicateur.
62. Le ministère des Finances propose un formulaire type identifié OUV1, disponible gratuitement sur les sites internet du ministère.

Le cas échéant, selon les directives internes, il sera demandé aux candidats dont les dossiers sont incomplets de les régulariser dans le délai prescrit (maximum 10 jours[63]).

Le service prend note des candidats ayant directement joint leurs certificats fiscaux et sociaux, ou l'imprimé DC7 signé de la Trésorerie générale[64], afin d'éviter de les demander ultérieurement au candidat s'il est attributaire du marché.

Les résultats du dépouillement sont consignés sur des tableaux les présentant de façon synthétique, au profit de la Commission d'appel d'offres. Les tableaux renseignés seront présentés lors de la réunion de la Commission d'appel d'offres, chargée de donnée un avis (État) ou de prendre la décision de retenir le candidat (collectivités). De forme libre, ils doivent être adaptés, le cas échéant, aux spécificités de la consultation (tableaux 5.5 et 5.6).

Tableau 5.5 Exemple de tableau présentant le résultat de l'ouverture de la première enveloppe, régularité de la candidature

	Lettre de candidature ou imprimé DC4		**Attestations sur l'honneur ou imprimé DC5**		
Candidat	Seul	Groupt	Seul	Groupt (1 par membre)	**Observations** Le cas échéant :
					– nature du groupement ; – compléments d'information demandés, reçus ; – pouvoir du signataire ; – si redressement judiciaire, copie du jugement, durée d'activité compatible avec le marché ; – certificats fiscaux sociaux ou DC7 remis spontanément dès la première enveloppe ; – échantillons ; – autres observations.

63. Art. 58, 61, 65 du nouveau Code des marchés publics.
64. Une simple photocopie est recevable.

Tableau 5.6 Exemple de tableau présentant le résultat de l'ouverture de la première enveloppe, capacités du candidat

Candidat	Chiffre d'affaires			Effectif		Moyens techniques	Références	Observations
	N-3	N-2	N-1	cadre	autres			Certifications

■ *Le nouvel imprimé DC6*

> « Le DC6 est un **nouveau formulaire facultatif**, proposé par la direction des affaires juridiques, qui peut être utilisé par les pouvoirs adjudicateurs, les entités adjudicatrices ou opérateurs économiques, à qui il est envisagé d'attribuer un marché public ».
>
> « Ce modèle nouveau **prend en compte les modifications introduites dans le code du travail**, par l'article 71 de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie (modifiant l'article L. 324-14 du code du travail), et par le décret n° 2005-1334 du 27 octobre 2005 relatif au travail dissimulé (modifiant les articles R. 324-4 et R. 324-7 du code du travail), sur le droit de la commande publique. Il fait le point sur les obligations renforcées en matière fiscale et sociale qui incombent aux cocontractants ».
>
> « Désormais, il appartient au pouvoir adjudicateur et à l'entité adjudicatrice d'exiger de leur cocontractant, avant la signature du marché (entre la date du jour d'information d'attribution du marché par le pouvoir adjudicateur, et la date de la signature du marché par le pouvoir adjudicateur), et tous les six mois jusqu'à la fin de l'exécution du marché, certains documents en plus, listés dans le DC6. »
>
> « **Ce document n'est donc exigé qu'en fin de procédure, de l'attributaire uniquement** ».

Source : ministère de l'Économie, des finances et de l'industrie

5.3.2 Le choix du candidat en procédure ouverte

Après avoir débattu de la validité de la candidature, la commission examine les capacités des différentes entreprises soumissionnaires.

Elle commence par examiner les éventuelles qualifications obligatoires ou l'appartenance à une profession déterminée, justifiées par

l'objet du marché. Les candidats ne correspondant pas aux qualités requises sont éliminés.

– Ensuite la commission examine qualitativement les capacités :
  – **Financières** : la surface financière de l'entreprise est-elle suffisante par rapport au montant prévisionnel du marché ?
  – **Techniques** : les savoir-faire et moyens humains et matériels de l'entreprise semblent-ils suffisants pour mener le marché à terme dans des conditions satisfaisantes, en cas d'attribution ?
  – **Références** : l'expérience de l'entreprise est-elle suffisante compte tenu de l'objet du marché et des enjeux que représente celui-ci ? On notera la nouveauté introduite par le Code 2006, instillant une dose de dirigisme dans un texte qui se veut libéral : « l'absence de références à de précédents marchés de même nature ne peut constituer un critère éliminatoire. » (art. 52 du nouveau Code). Il conviendra d'être attentif à la pratique et à la future jurisprudence qui vraisemblablement ne manquera pas autour de cette notion.

Si la réponse à ces trois questions est affirmative, la CAO peut prononcer l'admission des candidats concernés et le rejet des autres candidats. Cette décision (avis dans le cas de l'État) est consignée dans le procès-verbal de la CAO[65]. Ce PV est signé de chacun des membres de la Commission : membres à voix délibérative d'une part, à voix consultative d'autre part.

Peut-on rejeter la candidature d'une entreprise, pour cause de difficultés sur des marchés antérieurs ? La jurisprudence l'a validé à plusieurs reprises, considérant que la Commission d'appel d'offres qui avait rejeté une candidature pour des difficultés dans des marchés antérieurs n'avait pas commis d'erreur manifeste d'appréciation. Toutefois, le pouvoir adjudicateur et/ou la Commission d'appel d'offres doivent prendre certaines précautions avant de décider d'un tel rejet.

> « Il appartient à la Commission d'appel d'offres ou à la personne responsable, selon le cas, d'accepter ou de rejeter une candidature après avoir analysé les capacités de celle-ci. Il

65. Un modèle est proposé par le ministère des Finances (imprimé OUV2).

faudra toutefois que ces difficultés aient été rencontrées par le même pouvoir adjudicateur, et que celui-ci dispose des éléments matériels prouvant ces litiges et dysfonctionnements. »

Tribunal administratif de Besançon, 8 février 1996, n° 9512215, SA Tetra ;
Dr. adm. 1996, comm. 140 ; CAA Paris, 5 déc. 2002, M[e] Pezzino c/UGA, Juris-data n° 2002-206454 ;
Contrats marchés publ. 2003, comm. 71

« Il appartient à la CAO, avant l'ouverture des secondes enveloppes intérieures, contenant les offres, d'éliminer les candidats dont elle estime qu'ils n'ont pas qualité pour présenter une offre ou dont les capacités lui paraissent insuffisantes. Elle peut, pour procéder à cette appréciation, tenir compte, notamment, des difficultés rencontrées par l'un des candidats pour exécuter un précédent marché. »

CAA Nancy 12 mai 2005, n° 01NC00913, département de la Moselle,
Contrats Marchés Publ. n° 7-8/2005, n° 186, note F. Olivier

Considérant que les dispositions précitées accordent à la commission d'appel d'offres un large pouvoir d'appréciation pour l'établissement de la liste des candidats admis à présenter une offre ; que par décision du 26 octobre 1983, la commission d'appel d'offres de l'hôpital départemental Esquirol a écarté la société anonyme Généton de la liste des entreprises admises à présenter une offre dans le cadre d'un marché proposé par l'hôpital ; qu'il résulte de l'instruction que cette décision a été prise en raison de difficultés qui avaient affectées la réalisation de travaux antérieurs confiés à la société anonyme Généton ; qu'ainsi en décidant d'écarter de la deuxième phase de l'appel d'offres restreint la société anonyme Généton et bien que les marchés précédents aient donné lieu à réception définitive sans réserve, la commission d'appel d'offres de l'hôpital départemental Esquirol n'a pas commis une erreur manifeste d'appréciation ; que dès lors, l'hôpital départemental Esquirol est fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Paris a annulé la décision sus-analysée du 26 octobre 1983 et l'a condamné à verser une indemnité de 37 500 F à la société anonyme Généton ; que par suite il y a lieu de rejeter les conclusions de l'appel incident de la Société Généton tendant au relèvement de cette indemnité.

CE 27 février 1987, Hôpital départemental Esquirol c/Sté Généton, n° 61402

Dans le cas de l'État, une décision de l'autorité responsable est indispensable avant de notifier le rejet des candidats non retenus ou dont les plis n'ont pas été ouverts et de procéder à l'ouverture des secondes enveloppes des candidats retenus[66].

> Un pouvoir adjudicateur qui passe un marché industriel de fabrication d'une fourniture spécifique, doit pouvoir exiger des candidats, une capacité de production minimale (voir *supra*, II.5.2.3). Dans une optique de sécurité et de traçabilité des approvisionnements, une telle exigence permet d'écarter, dès la première enveloppe, des structures purement commerciales type « bureau téléphone », ne disposant ni de savoir-faire, ni de capacité industrielle propres.
>
> Cette exigence, qui doit être adaptée et justifiée par l'objet du marché, est prévue par la directive 2004-18.dans son article 44-2 :
>
> « Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger des niveaux minimaux de capacités, conformément aux articles 47 et 48, auxquels les candidats soumissionnaires doivent satisfaire. L'étendue des informations visées aux articles 47 et 48 ainsi que les niveaux minimaux de capacités exigés pour un marché déterminé doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché. Ces niveaux minimaux sont indiqués dans l'avis de marché. »
>
> Les capacités auxquelles la directive fait référence sont, en ce qui concerne notre préoccupation :
>
> (art. 48-c) « …une description de l'équipement technique, des mesures employées par le fournisseur […] pour s'assurer de la qualité et des moyens d'étude et de recherche de son entreprise » et art. 48-d) « lorsque les produits ou les services à fournir sont complexes ou que, à titre exceptionnel, ils doivent répondre à un but particulier, un contrôle est effectué par le pouvoir adjudicateur […] ; ce contrôle porte sur les capacités de production du fournisseur […] et, si nécessaire, sur les moyens d'étude et de recherche dont il dispose ainsi que sur les mesures qu'il prend pour contrôler la qualité. »

66. Cette décision, ainsi que la motivation, sont prévues sur le document type OUV2.

5.3.3 Classement des candidats en procédure restreinte ou négociée

Les critères de sélection sont limités par les dispositions réglementaires relatives aux candidatures, ainsi qu'il a été exposé au chapitre 4 de la première partie.

Ces critères, adaptés à l'objet du marché, concerneront les garanties techniques, les garanties financières et les références professionnelles, dans lesquelles on pourra intégrer des paramètres tels que la fiabilité du fournisseur, son expérience, son savoir-faire dans le domaine environnemental…

La commission, dans le cas d'un appel d'offres restreint, le service compétent, dans le cas d'un marché négocié[67], classera les candidats après avoir établi des grilles d'analyse des candidatures en fonction des critères hiérarchisés.

10.2.2. Quels sont les critères de sélection des candidatures ?

La typologie des critères de sélection permet toujours de distinguer les garanties techniques, financières et professionnelles.

Il ne peut être exigé que des niveaux minimaux de garanties et de capacités, qui sont liés et proportionnés à l'objet du marché. Des garanties et capacités insuffisantes entraînent l'élimination du candidat.

Les capacités techniques renvoient aux moyens matériels et humains et sont appréciées quantitativement et qualitativement. De nouveaux documents peuvent être demandés, tels les certificats ou certifications ayant pour objet de prouver des livraisons ou prestations de services à, respectivement, un pouvoir adjudicateur ou un acheteur privé, les certificats de bonne exécution pour les travaux, une description de l'équipement technique, des mesures employées en matière de fournitures et de services.

Les capacités financières, qui ne peuvent revêtir qu'un caractère général, tendent à déterminer si les moyens financiers du candidat suffisent pour mener à bien le marché. Désormais, pour faciliter la preuve de la crédibilité financière du candidat, outre le chiffre d'affaires, le candidat peut se voir réclamer une déclaration appropriée de banques ou preuve d'une assurance pour les risques professionnels et des bilans ou extraits de bilans des opérateurs économiques pour lesquels la publication des bilans est obligatoire en vertu de la loi.

67. Y compris pour les collectivités.

Les capacités professionnelles permettent de vérifier si le candidat possède les qualifications requises, soit « la preuve d'un certain niveau de compétences professionnelles ». La preuve de la capacité du candidat peut être apportée par tout moyen, notamment par des justifications particulières, sous réserve qu'elles ne présentent pas de risque pour la libre concurrence. Parmi ces justifications particulières figurent toujours les certificats de qualifications professionnelles (identifications ou certificats délivrés par des organismes professionnels) et les certificats de qualité (certificat attribué par un organisme certificateur ou attestant de l'existence d'un manuel de qualité et de procédures.

Le pouvoir adjudicateur doit accepter tout moyen de preuve équivalent ainsi que les certificats équivalents d'organismes établis dans d'autres États membres (art. 45-II du CMP) ou « tout autre document considéré comme équivalent » (art. 45-III du CMP). Le pouvoir adjudicateur précise comment il les apprécie.

S'agissant des références demandées, elles doivent être en rapport et proportionnées avec l'objet du marché : le candidat choisit celles qui lui semblent les plus appropriées. L'acheteur en vérifie la réalité en respectant le secret des affaires. Mais, désormais, « l'absence de références relatives à l'exécution de précédents marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat », ce qui tend notamment à favoriser l'accès des PME à la commande publique.

Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre, il doit procéder à une sélection. Les critères de sélection des candidatures peuvent être identiques aux niveaux de capacités exigés des candidats, sans qu'il soit toutefois nécessaire de reprendre tous les éléments de capacités des candidats.

Circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du Code des marchés publics

Exemple

Trois critères de sélection des candidatures ont été retenus :

– 1. expérience de l'entreprise dans le domaine de l'objet du marché ;
– 2. références et aptitudes générales de l'entreprise ;
– 3. aptitude de l'entreprise à travailler avec une autorité publique.

On pourra donner une appréciation (si l'on hiérarchise) ou une note (si l'on pondère ; la note 0 n'est pas éliminatoire.)

La grille de lecture des propositions en fonction des critères pourrait être :

Tableau 5.7 Grille de lecture des propositions en fonction des critères

	Insuffisant **0**	**Médiocre** **1**	**Moyen** **2**	**Bon** **3**	**Très bon** **4**
Expérience de l'entreprise dans le domaine de l'objet du marché.	Pas d'expérience	Une expérience ancienne	Expériences anciennes (3 ans et plus)	Une expérience récente réussie	Plusieurs références récentes réussies

Tableau 5.7 Grille de lecture des propositions en fonction des critères (fin)

	Insuffisant 0	**Médiocre 1**	**Moyen 2**	**Bon 3**	**Très bon 4**
Références et aptitudes générales de l'entreprise	Chiffre d'affaires trop faible/marché et/ou ressources humaines et matérielles insuffisantes/ marché à réaliser			Capacités financières, ressources humaines et matérielles suffisantes	Capacités financières, ressources humaines et matérielles excellentes
Aptitude de l'entreprise à travailler avec une autorité publique	Ni référence ni indication particulière		Pas de référence mais indications de l'adaptation aux méthodes de travail et exigences particulières du secteur public.	Une référence avec une entité publique.	Plusieurs références avec des entités publiques.

Le tableau d'analyse se présentera ainsi, si les critères sont hiérarchisés :

Tableau 5.8 Tableau d'analyse

	Expérience de l'entreprise dans le domaine de l'objet du marché	**Références et aptitudes générales de l'entreprise**	**Aptitude de l'entreprise à travailler avec une autorité publique**
Candidat A	3/bon	4/très bon	3/bon
Candidat B	0/insuffisant	4/très bon	4/très bon
Candidat C	2/moyen	0/insuffisant	3/bon
Candidat D	4/très bon	4/très bon	3/bon
Candidat E	0/insuffisant	3/bon	0/insuffisant
Candidat F	2/moyen	3/bon	3/bon
Candidat G	4/très bon	4/très bon	4/très bon
Classement	G-D, A, C-F B et E sont éliminés	G-D-A, F C est éliminé	G, D-A-F

Les entreprises G, D, A et F seront autorisées à présenter une offre.

On constate que, compte tenu du choix de hiérarchisation des critères, l'on a été amené à éliminer un candidat qui pourtant avait de bonnes aptitudes (candidat B).

Si l'on avait choisi de sélectionner avec la pondération, avec par exemple 40 % pour le premier critère, 30 % pour le second et 30 % pour le troisième, on aurait obtenu le tableau suivant (le 0 n'est pas éliminatoire, seule la note totale inférieure à la moyenne l'est) :

Tableau 5.9 Tableau de résultats

	Expérience de l'entreprise dans le domaine de l'objet du marché 40		**Références et aptitudes générales de l'entreprise 30**		**Aptitude de l'entreprise à travailler avec une autorité publique 30**		
	Note/4	**Pond./ 40**	Note/4	**Pond./ 30**	Note/4	**Pond./ 30.**	**Total/100**
Candidat A	3	**30**	4	**30**	3	**22.5**	**82.5**
Candidat B	0	**0**	4	**30**	4	**30**	**60**
Candidat C	2	**20**	0	**0**	3	**22.5**	**42.5**
Candidat D	4	**40**	4	**30**	3	**22.5**	**92.5**
Candidat E	0	**0**	4	**30**	0	**0**	**30**
Candidat F	2	**20**	3	**22.5**	3	**22.5**	**65**
Candidat G	4	**40**	4	**30**	4	**30**	**100**

Le classement sera : G, D, A, F, B. Seuls deux candidats n'obtiennent pas la moyenne, C et E. Le candidat B, éliminé dans la première simulation, peut être retenu pour déposer une offre.

Selon le nombre de candidats recevables, la commission retient la totalité ou une partie des candidats ainsi classés, étant entendu que la réglementation impose un nombre minimum.

Ce classement, ainsi que la motivation des rejets, apparaissent sur le PV de la CAO[68]. Concernant l'État et assimilés, la CAO ne donne qu'un avis qui ne lie pas l'autorité décisionnelle.

68. Le ministère des Finances propose le même imprimé OUV2, déjà cité.

Nouveau Code des marchés publics (art. 60) [appel d'offres restreint]

(art. 60) [Appel d'offres restreint]

[…] « Le pouvoir adjudicateur peut décider de limiter le nombre de candidats qui seront admis à présenter une offre. Il mentionne cette décision dans l'avis d'appel public à la concurrence. Il fixe dans cet avis un nombre minimum de candidats admis à présenter une offre et peut également fixer un nombre maximum. Ce nombre minimum ne peut être inférieur à cinq.

Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection des candidatures est inférieur au nombre minimum, le pouvoir adjudicateur peut continuer la procédure avec les seuls candidats sélectionnés. »

(art. 67) [Dialogue compétitif]

« **I.** […] Le pouvoir adjudicateur peut décider de limiter le nombre de candidats qui seront admis à participer au dialogue. Il mentionne cette décision dans l'avis d'appel public à la concurrence. Il fixe dans cet avis un nombre minimum de candidats admis à présenter une offre et peut également fixer un nombre maximum. Ce nombre minimum ne peut être inférieur à trois.

Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection des candidatures est inférieur au nombre minimum, le pouvoir adjudicateur peut continuer la procédure avec les seuls candidats sélectionnés […] »

(art. 65) [procédure négociée]

« **I**. […] Le pouvoir adjudicateur peut décider de limiter le nombre de candidats qui seront admis à présenter une offre. Il mentionne cette décision dans l'avis d'appel public à la concurrence. Il fixe dans cet avis un nombre minimum de candidats admis à présenter une offre et peut également fixer un nombre maximum. Ce nombre minimum ne peut être inférieur à trois.

Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection des candidatures est inférieur au nombre minimum, le pouvoir adjudicateur peut continuer la procédure avec les seuls candidats sélectionnés. […] »

Doit-on pondérer les critères de sélection des candidats en procédure restreinte ?

« L'article 52, alinéa 3, dispose que lorsque le nombre de candidatures admises dans le cadre d'une procédure restreinte est supérieur au nombre préalablement indiqué des candidats qui seront autorisés à présenter une offre, les candidatures sont sélectionnées au terme d'un classement prenant en compte les garanties et capacités techniques et financières ainsi que les références professionnelles des candidats. L'alinéa 4 précise que l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la

> consultation doivent indiquer les critères de sélection des candidatures qui seront privilégiées compte tenu de l'objet du marché. Ces dispositions ne mentionnent pas, contrairement à l'article 53 relatif aux critères de choix et de classement des offres, une pondération des critères de sélection des candidatures. La pondération des critères de sélection des candidatures n'est donc pas obligatoire. Rien n'interdit cependant de prévoir une telle pondération si l'acheteur public le juge utile. Dans ce cas, la pondération doit être précisée conjointement avec l'annonce des critères dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation. »

Rép. Min. n° 17374 : JO Sénat Q 23 juin 2005, p. 1717 (Q du 28 avril 2005, M. Jean-Claude Carle)

5.3.4 La notification aux candidats non retenus

Les candidats dont les plis n'ont pas été ouverts, ainsi que ceux qui n'ont pas été admis, doivent recevoir notification du rejet de leur candidature.

Article 80 du nouveau Code des marchés publics

« 1° Pour les marchés et accords-cadres passés selon une des procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur avise, dès qu'il a fait son choix sur les candidatures ou sur les offres, tous les autres candidats du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres, en indiquant les motifs de ce rejet […] »

Contrairement aux usages antérieurs, cette décision doit être motivée, ce qui est une nouveauté introduite par la réforme de 2006 (auparavant, la motivation n'était produite que sur demande écrite du candidat malheureux. Cette décision doit aussi mentionner les voies et délais de recours, conformément au Code de justice administrative, texte visé par le décret portant Code des marchés publics[69]. Ce délai est de deux mois, au-delà toute requête d'un candidat non retenu serait irrecevable car frappée de forclusion.

69. Délais de recours : Art. R.421-1 à 6 du CJA, R.421-5 : « Les délais de recours contre une décision administrative ne sont opposables qu'à la condition d'avoir été mentionnés. »

Article 83 du nouveau Code des marchés publics

Le pouvoir adjudicateur communique, dans un délai maximal de quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat écarté qui en fait la demande les motifs détaillés du rejet de sa candidature ou de son offre et, à tout candidat dont l'offre n'a pas été rejetée pour un motif autre que ceux mentionnés au III de l'article 53[70], les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre. »

Sur demande écrite du candidat, le pouvoir adjudicateur doit donner les « motifs détaillés » de ce rejet dans un délai de quinze jours. Cette motivation doit bien entendu être cohérente avec les éléments notés sur le PV de la Commission d'appels d'offres et autres documents internes.

La limite aux communications liées à la motivation tient dans le respect du secret industriel et commercial : les informations transmises par le pouvoir adjudicateur à un candidat qui en fait la demande, ne doivent pas porter préjudice aux autres candidats ou à des tiers : il s'agit de savoir-faire protégés par le secret, du secret commercial… Par exemple, on ne peut communiquer le détail des prix et rabais proposés par les autres candidats, annexé au PV de la CAO, car portant atteinte au secret commercial et industriel (TA Toulouse 11 mai 1988, SARL Établissement Jean Maulbe). Autre exemple : un fonctionnaire hospitalier ayant communiqué l'intégralité des rapports d'analyse des offres, comportant des indications détaillées non occultées, relatives aux montants et aux détails des offres non retenues ainsi qu'aux notes et appréciations portées sur chacune d'entre elles a été reconnu fautif de méconnaissance des obligations de discrétion professionnelle. La juge a considéré que l'intéressé avait communiqué des « renseignements dont la divulgation porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des entreprises et à une concurrence loyale entre elles » (Conseil d'État, 4 juillet 2005, n° 267177, M. Cillaire[71]).

70. « Offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables ».
71. Voir commentaire de cet arrêt dans l'AJDA n° 35/2005 page 1968 ainsi que le commentaire de W. Zimmer dans *Contrats et marchés publics* n° 11/2005, note n° 271.

Question-réponse mise en ligne sur le site internet du ministère des Finances

Quel est le délai de recours que peut avoir une entreprise devant le tribunal administratif contre la décision d'une PRM de l'écarter au niveau de la candidature ou de l'offre : est-ce deux mois ?

L'article 76 du nouveau Code des marchés publics[72] impose à la personne responsable du marché, dès qu'elle a fait son choix, d'aviser tous les autres candidats du rejet de leur candidature ou de leur offre. La PRM doit également communiquer, dans un délai de quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat écarté les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre et, à tout candidat dont l'offre n'a pas été rejetée en application du I de l'article 53, les caractéristiques et les avantages relatifs à l'offre retenue ainsi que le montant du marché attribué et le nom de l'attributaire.

L'arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 28 octobre 1999 concernant Alcatel Austria a rappelé que les États membres doivent veiller à ce que les procédures de recours soient accessibles mais également qu'ils doivent prévoir les pouvoirs permettant de « prendre dans les délais les plus brefs et par voie de référé, des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher d'autres dommages d'être causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché public en cause. »

Ainsi, en application de cette jurisprudence, l'article 76.2.1 3e alinéa de l'instruction d'application du Code 2001 a précisé que « un candidat évincé doit avoir la possibilité effective de procéder à un recours contre la décision d'attribution du marché. Les acheteurs publics doivent donc veiller à ce qu'un délai raisonnable (8 jours) s'écoule entre le moment où la décision est portée à la connaissance des candidats et le moment où le marché est signé. »

72. Il s'agissait alors du Code 2004, lire art. 81 dans le nouveau Code.

Cette disposition vise à laisser la possibilité aux candidats qui s'estiment injustement évincés en raison de manquements par la PRM aux obligations de publicité et de mise en concurrence d'introduire un référé précontractuel tel qu'il a été prévu à l'article L551-1 du Code de justice administrative.

Dans un tel recours, en effet, le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut à ce titre, s'il l'estime nécessaire, enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours.

Par ailleurs, concernant le recours pour excès de pouvoir, il a été précisé dans une réponse ministérielle que la décision de la personne responsable du marché, pour l'État, ou celle de la Commission d'appel d'offres, pour les collectivités territoriales, est une décision individuelle faisant grief et qu'elle peut être à ce titre déférée devant le juge administratif par le destinataire de cette décision dans le cadre d'un tel recours.

Le délai pour former un tel recours est de deux mois à partir de la notification de cette décision. Ceci découle notamment des dispositions de l'article R 421-2 du Code de justice administrative. Ce délai court donc à compter de la notification de la décision de rejet aux candidats dont la candidature ou l'offre ont été évincées.

Il est également précisé que l'absence de notification des voies et délais de recours (qui doivent normalement figurer dans la notification de la décision de rejet) n'est pas une cause d'illégalité de la décision mais, dans ce cas un candidat, qui saisirait le juge d'un recours contre la décision de rejet de sa candidature ou de son offre plus de deux mois après notification de cette décision, ne pourrait voir sa requête rejetée pour tardiveté.

Source : ministère de l'Economie et des Finances

5.3.5 Cas des procédures adaptées (art. 28) et des marchés de services allégés (art. 30)

■ ***L'admission des candidats***

La recevabilité des candidatures en procédure adaptée ou allégée procède du même principe, selon les documents demandés par la personne publique.

L'analyse des capacités s'effectue dans la mesure où des exigences ont été formulées dans la publicité ou la lettre de consultation. À la différence des procédures formalisées (appels d'offres ouverts ou restreints), l'intervention de la Commission d'appel d'offres n'est pas imposée par la réglementation. Ces opérations sont donc effectuées sous la responsabilité de l'autorité responsable[73], en fonction de l'organisation interne des services et des délégations et désignations existantes.

■ ***La pratique de procédure restreinte***

En procédure adaptée, il est tout à fait possible de pratiquer des procédures restreintes, visant à sélectionner des candidats qui seuls seront admis à présenter une offre. L'autorité responsable est libre d'en fixer la procédure, tout en restant fidèle aux principes définis à l'article 1 du nouveau Code.

■ ***La notification aux candidats non retenus***

L'article 80 précise que la notification concerne les « marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée », ce qui revient à penser qu'une telle notification de rejet n'est pas obligatoire pour les marchés passés selon une procédure adaptée, que donc le pouvoir adjudicateur peut parfaitement s'en dispenser.

Sur un plan pratique, les entreprises qui ont pris la peine de répondre à une consultation méritent un minimum de considération qui se traduit par ces informations, faute de quoi elles « déserteront » la commande publique…

---

73. Concernant les collectivités territoriales, c'est le chef de l'exécutif local dès lors qu'il en a reçu délégation par l'assemblée délibérante, en vertu de cette possibilité offerte par la loi 2001-1168 du 11 décembre 2001, « MURCEF », modifiant le CGCT.

Sur un plan formel, le nouveau Code ne confère cette obligation, dans l'article 80, aux « marchés et accords-cadres passés selon une des procédures formalisées ». Toutefois, le respect du principe de transparence spécifié dans l'article 1 du Code, ainsi que les dispositions de droit commun relatives à la notification des décisions faisant grief, justifie au moins la nécessaire notification aux candidats non retenus et sur leur demande, sa motivation.

6

Les outils de mise en œuvre des critères d'attribution

Le choix du mieux-disant revient à déterminer le meilleur « rapport qualité-prix ». Selon la norme AFNOR NFX 50-109, « la qualité d'un produit ou d'un service est son aptitude à satisfaire les besoins des utilisateurs ». Il s'agit donc de déduire de l'expression du besoin, les critères d'importance relative permettant d'évaluer la qualité en fonction des attentes. Le prix lui-même doit être défini sur la base des différents coûts devant être pris en compte pour la comparaison.

6.1 Pondération ou hiérarchisation

Pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur doit être en mesure d'évaluer ces offres en fonction de critères auxquels il doit donner un poids relatif, reflétant le plus précisément possible le besoin et les résultats attendus. L'évaluation passe par la pondération des critères, c'est-à-dire en les affectant de coefficients traduisant l'importance donnée à chacun, ou bien leur hiérarchisation, en les classant par ordre décroissant d'importance. La pondération des critères est maintenant la règle, concernant l'ensemble des marchés à partir des

seuils européens[1], la hiérarchisation n'étant possible que lorsque « le pouvoir adjudicateur estime pouvoir démontrer que la pondération n'est pas possible ». Quelle que soit la méthode utilisée, il s'agit de déterminer le rapport qualité-prix d'une offre, à l'intérieur d'un cadre juridique contraignant qui impose, le cas échéant, de motiver précisément le choix devant le juge.

Article 53 du nouveau Code des marchés publics

[…] **II**. Pour les marchés passés selon une procédure formalisée et lorsque plusieurs critères sont prévus, le pouvoir adjudicateur précise leur pondération.

Le poids de chaque critère peut être exprimé par une fourchette dont l'écart reste approprié.

Le pouvoir adjudicateur qui estime pouvoir démontrer que la pondération n'est pas possible, notamment du fait de la complexité du marché, indique les critères par ordre décroissant d'importance. » […]

6.1.1 Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse sur le critère unique du prix

Article 53 du nouveau Code des marchés publics

Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde :

1° soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché […]

2° soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix.

Article 53 de la directive n° 2004-18/CE du 31 mars 2004

1. […] les critères sur lesquels les pouvoirs adjudicateurs se fondent pour attribuer les marchés publics sont :

a) Soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, divers critères liés à l'objet du marché public en question […]

b) Soit uniquement le prix le plus bas. […]

1. Tous les articles (sauf si spécifié explicitement), donc l'article 53, étant maintenant applicables aux « marchés passés selon la procédure adaptée » (MAPA), la directive 2004/18/UE du 31 mars 2004 imposant la pondération sauf impossibilité motivée, on pourrait en déduire que la pondération des critères s'impose aussi aux MAPA.

On constate que la réglementation semble donner un libre choix au pouvoir adjudicateur entre la combinaison de plusieurs critères et l'attribution au seul moins-disant. On peut constater une légère divergence entre la rédaction nationale, qui intègre l'attribution sur le seul critère prix, à la notion de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, alors que la directive européenne, plus logiquement, distingue deux possibilités : d'une part, le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, fondée sur une pluralité de critères, d'autre part, l'attribution au prix le plus bas.

Comme on peut le constater, l'attribution au « moins-disant », déjà contestée par Vauban (voir l'introduction du présent ouvrage), est toujours explicitement prévue par la réglementation, qu'elle soit européenne ou nationale. Cela signifie-t-il pour autant que le pouvoir adjudicateur est totalement libre de son choix ? La réalité n'est pas si simple, ainsi que l'atteste un récent jugement du Conseil d'État.

> Dans un arrêt du 6 avril 2007, « Département de l'Isère »[2], n° 298584, le juge a sanctionné le recours au critère unique du prix dans le cas d'un marché de travaux publics passé par le département. Il a considéré « qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que les travaux de réalisation d'un itinéraire alternatif à la route départementale RD 1075 sur la commune de Morestel comprenaient la construction d'un barreau de liaison, d'un carrefour giratoire et d'un ouvrage d'assainissement ; que, compte tenu de la complexité de ces travaux, souverainement appréciée par le juge des référés, celui-ci a pu en déduire, sans commettre d'erreur de droit, que le département avait méconnu les dispositions de l'article 53 du Code des marchés publics, et ainsi ses obligations de mise en concurrence, en retenant le seul critère du prix pour apprécier l'offre économiquement la plus avantageuse ». Par ailleurs, le juge n'a pas sanctionné la maladresse de transposition de la directive en droit national, « en faisant aussi dépendre de l'objet du marché le recours au seul critère du prix, l'article 53 du Code des marchés publics n'a fait que préciser ces dispositions en conformité avec l'objectif de la directive ».

2. Pour un commentaire détaillé de cet arrêt, voir *Contrats et marchés publics* n° 6/2007, contribution n° 171, de J-P. Pietri et e-rjcp n° 13, revue de jurisprudence par Dominique Fausser (www.localjuris.com.fr).

Cet arrêt est très intéressant car il clarifie grandement la situation en précisant la position du juge. Le lien à l'objet du marché est donc, on le savait, la première préoccupation que doit avoir l'acheteur. Toutefois, dans la circulaire d'application du Code (article 12.1 de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du Code des marchés publics), le ministre des Finances ne disait pas autre chose : « toutefois, l'acheteur peut se fonder sur ce seul critère [le prix] si l'objet de son marché le justifie, pour des achats de fournitures courantes, par exemple ». On peut donc déduire de cette jurisprudence et de la circulaire que, dès lors que le marché présente certaines spécificités (ce qui recouvre la plus grande partie des marchés de travaux), le choix sur la base du seul critère du prix doit être exclu, sous peine de fragilité juridique de la procédure.

6.1.2 La hiérarchisation des critères d'attribution

La hiérarchisation consiste en un classement des critères dans un ordre décroissant d'importance, annoncé dès l'avis de publicité ou le règlement de consultation. Les offres seront analysées successivement sur chaque critère, pour déterminer la meilleure. Cette méthode, simple en apparence, recèle certains pièges et travers. En effet,

- elle peut facilement se traduire par une analyse comparative dans laquelle les critères seraient, dans les faits, équivalents ;
- elle peut refléter une définition approximative du besoin, avec l'utilisation de critères génériques ;
- la motivation littéraire du choix peut rester approximative et laconique, induisant une grande insécurité juridique ;
- elle ne permet pas toujours de déterminer la meilleure offre avec certitude et se traduit souvent par le choix, *in fine*, du moins-disant…

En revanche, ses défenseurs mettent en avant sa souplesse et la place qu'elle laisse aux autorités responsables pour conduire et justifier leur choix.

Exemple

Le cas de la jurisprudence société Avenance enseignement[3]

La ville de Lyon avait lancé une procédure pour l'attribution d'un marché public de restauration scolaire, consistant en la fabrication et la livraison de repas. Elle avait donné pour critères de choix, hiérarchisés par ordre décroissant d'importance :

– 1. prix du repas ;

– 2. valeur technique concernant : la qualité nutritionnelle et organoleptique de la prestation, l'aspect hygiénique de la prestation ;

– 3. moyens humains mis en œuvre pour assurer la prestation propre à la ville de Lyon.

Après examen des offres, la Commission d'appel d'offres a choisi la société Sodexho. La société Avenance, dont l'offre a été rejetée, a notamment fait valoir que l'attribution était irrégulière, la hiérarchie des critères n'ayant pas été respectée.

En effet, pour motiver son choix, la CAO a avancé « que, nonobstant le critère du prix, certes important, il convenait tout autant de s'attacher à l'analyse du critère de la qualité des propositions, ainsi qu'aux conditions qui sont de nature à permettre d'atteindre des objectifs qualitatifs : l'appréciation des moyens en personnel propres » et la constatation que « la dimension qualitative affichée était équivalente pour Sodexho et Avenance et inférieure pour Scolarest » et que « les garanties apportées en matière de personnel étaient nettement supérieures dans l'offre Sodexho par rapport aux offres d'Avenance et de Scolarest ».

Le juge a estimé que l'analyse effectivement faite était comparative et non hiérarchisée, dénonçant ainsi l'irrégularité de la procédure.

Cet exemple intéressant montre la difficulté pratique de mise en œuvre de la hiérarchisation. Dans une autre affaire, le Tribunal administratif de Paris[4] avait contesté le choix de la Commission d'appel d'offres qui n'avait pas retenu le candidat arrivé en tête sur le premier critère, à savoir la valeur technique (le second critère étant le prix).

3. Ordonnance de référé du Tribunal administratif de Lyon du 11 juillet 2002, AJDA n° 13/2002, p. 923, note de Jean-David Dreyfus.
4. TA Paris 1er juillet 2003, société SEDES, n° 0000399-6, *CP-ACCP* n° 39, p. 45, n° 36, p. 69 (note), n° 33, p. 18.

Cela signifierait-il qu'une analyse hiérarchisée conduit à choisir de façon quasi systématique, l'offre arrivée en tête sur le premier critère, sous peine d'irrégularité ?

> **Un jugement donne cette interprétation. En effet, dans un arrêt du 31 juillet 2003[5], la Cour administrative d'appel de Bordeaux a « considéré comme irrégulière la décision de la Commission d'appel d'offres qui n'avait pas retenu l'offre la plus intéressante en terme de prix parce qu'elle était moins bien classée au regard des critères de la valeur technique et du délai d'exécution. Au cas précis, les critères suivant le prix, classé premier, ne devaient, selon la Cour, avoir aucune part dans l'analyse, ce qui est évidemment extrêmement contestable puisque cela revient à une adjudication. »**

Une telle approche est contre-productive sur le plan pratique et prive totalement les autorités décisionnelles de toute discussion. Ainsi que le déclare fort justement un acheteur public :

> **« C'est à la PRM de décider si le surplus de qualité technique vaut le supplément de prix demandé. Certes, cette décision est subjective. Mais elle se fait sur l'offre globale. Elle implique d'analyser quelle offre procure le meilleur rapport qualité-prix, ce qui est le cœur du métier de l'acheteur[6] ».**

Dans la pratique, on classe les offres sur le premier critère. On classe ensuite les trois premières offres sur le deuxième, puis sur le troisième. La Commission d'appel d'offres évalue ensuite si l'avance prise sur le premier critère justifie la première place sur l'ensemble. Le tableau 6.1 présente le résultat théorique d'une analyse hiérarchisée : force est de constater qu'il n'est pas évident de se faire une idée sans appréhender le contenu des offres ; il est ensuite très tentant de s'abandonner à une analyse comparative, à l'instar de la ville de Lyon, dans la jurisprudence précitée.

---

5. CAA Bordeaux 31 juillet 2003, Société bourbonnaise de travaux publics de construction c/région Réunion, req. n° 99BX02241, cité par N. Charrel *CP-ACCP* n° 39 p. 57.
6. M. Bescont, acheteur à Supaéro, *in* S. Dyckmans, « Pondérer ou hiérarchiser, telle est la question », www.achatpublic.com/news 1er mars 2005.

Tableau 6.1 Exemple théorique de choix hiérarchisé

	Lot 1	Lot 2
1. Valeur technique	A B C	A B - C
2. Délai	C B A	C B A
3. Prix	A C B	A CB -
Classement 1 2 3	 A B C	 B A C

L'analyse hiérarchisée s'accommode mal de nombreux critères : deux, voire trois au maximum suffiront, le prix étant toujours l'un d'eux. Il est du reste préférable de mettre le prix soit en première, soit en dernière position. La commission d'appel d'offres ou la personne responsable du marché, appréciera si la différence de qualité, de délai, justifie la différence de prix. Cette appréciation est subjective et nécessite un effort particulier dans la motivation écrite du choix.

Exemple de choix hiérarchisé : achat de denrées alimentaires

Un marché à bons de commande annuel, reconductible deux fois, prévoit l'achat de plats préparés en barquettes, avec un minimum de 20 000 et un maximum de 30 000 barquettes par an.

Le choix se fera sur les critères hiérarchisés :

– 1. Valeur technique

– 2. Prix unitaire HT

La valeur technique prend en compte les résultats des analyses en laboratoire (qualités nutritionnelles, conformité à la notice technique) ainsi que les analyses gustatives effectuées par la commission de dégustation, sur échantillons. La valeur technique se traduit par une note finale.

Le résultat de l'analyse technique donne le tableau suivant :

Tableau 6.2 Classement de l'analyse technique

Candidat	Valeur technique	Prix unitaire HT
A	60	11,15
B	59	10,15
C	54	11
D	34	9,5

Quelle est la meilleure offre ? Sur le premier critère, c'est A. Or, A est la plus chère. Si on s'arrête au choix systématique du premier sur le premier critère, les autres critères sont inopérants. Il doit donc y avoir discussion : la meilleure qualité de A/B justifie-t-elle la différence de prix ? Cette différence de prix est-elle significative par rapport à l'enjeu du marché ?

On constate que la différence de qualité est minime. La différence de prix unitaire est de 1 € HT, soit près de 10 % du prix unitaire. Ramenée aux commandes prévues, cela fait une différence minimum de 20 000 € HT/an, soit 60 000 € HT au minimum, 90 000 € HT au maximum, si le marché est reconduit : un point de qualité justifie-t-il une telle différence de coût ? Cette différence est significative et justifierait donc de retenir le deuxième en qualité qui, pourtant, n'est pas le moins-disant. Compte tenu de son éloignement sur le premier critère, l'offre de D, sensiblement moins-disant, n'est pas rattrapable.

Il serait donc logique que l'autorité responsable donne la préférence à B.

La hiérarchisation des critères induit un débat suivi d'une décision, après l'analyse des offres. Son avantage est de permettre aux instances décisionnelles (la CAO pour les collectivités, l'autorité responsable pour l'État) d'exercer pleinement leurs responsabilités. La difficulté réside dans l'appréciation relative des critères sans nier la hiérarchisation prévue au départ, et la motivation d'un choix lorsqu'il ne correspond pas à l'offre arrivée en tête sur le premier critère. Par ailleurs, l'expérience prouve que le choix d'une offre qui n'est pas la moins-disante, quels que soient l'ordre des critères et les résultats, présente des difficultés de persuasion vis-à-vis des organismes de contrôle, quand ce ne sont pas les autorités décisionnelles elles-mêmes qui sont réticentes.

Quant à la démonstration d'une pondération impossible justifiant le choix par hiérarchisation des critères, il nous paraît difficile de

trouver un exemple. La circulaire d'application du Code est muette à ce sujet et ne donne pas davantage de précisions, si ce n'est la piste de la « complexité du marché » qui pourrait justifier l'abandon de la pondération. Or il nous semble qu'au contraire, la complexité du marché est une raison supplémentaire de recours à la pondération, celle-ci permettant une analyse globale en fonction de tous les critères, le résultat apparaissant sur une grille multicritères pondérés (voir *infra*).

> **La jurisprudence considère les irrégularités relatives au non-respect de la hiérarchisation des critères, comme constitutives d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, justifiant une procédure de référé précontractuel et susceptibles d'entraîner une annulation. On citera par exemple :**
>
> – Conseil d'État du 29 juin 2005, commune de La Seyne sur Mer, n° 267992, relatif à la règle de la pondération obligatoire des critères, à défaut et sur motivation, la hiérarchisation de ceux-ci (AJDA n° 26/2005 p. 1431) ;
>
> – TA Paris du 1er juillet 2003 société SEDES n° 0000399-6, le non-respect de la hiérarchie des critères fixés par le règlement de consultation constitue une illégalité non régularisable (AJDA 2/2004 p. 96, note J.-D. Dreyfus) ;
>
> – TA Lyon 11 juillet 2002 société Avenance Enseignement, n° 0202689 et 020269, le non-respect de la hiérarchisation des critères est une violation de la règle d'égalité d'accès à la commande publique (AJDA 12/2002 p. 923, note J.-D. Dreyfus) ;
>
> – TA Nice 15 juin 2001 commune de Sanary, n° 3970, la dichotomie des critères de choix des offres entre l'avis de publicité et les documents de consultation entraîne l'irrégularité de la procédure (*Marchés Publics* n° 4/2001).

6.1.3 La pondération des critères

■ *La pondération entre les critères*

La pondération consiste à donner au départ un poids relatif entre les différents critères arrêtés. Ce poids se traduit soit par des coefficients,

soit par un pourcentage, ce qui revient au même : il suffit de le décider au départ et de l'annoncer. L'avantage de cette procédure est de garantir le résultat qui fera ressortir le classement, sans aucune ambiguïté. Ce procédé est obligatoire pour toute procédure au-dessus des seuils européens.

Mais cette objectivité finale ne doit pas masquer la subjectivité qui subsiste, cachée : la pondération doit être cohérente et refléter les vraies priorités attendues par l'acheteur. Sa réussite est donc conditionnée par une très bonne analyse préalable du besoin. À l'inverse de la hiérarchisation, le débat se situe avant le lancement de la procédure, au moment où l'on détermine la pondération : si, en cours d'analyse, on s'aperçoit que l'on a fait fausse route et que l'offre qui paraît en tête ne correspond pas réellement aux besoins, il est trop tard. La seule solution reste de déclarer la procédure sans suite, ou bien de s'accommoder du résultat. Il paraît en effet difficile d'argumenter le choix d'une offre n'arrivant pas en tête au classement sur critères pondérés. Enfin, il serait irrégulier[7] de modifier en cours de procédure, au vu des offres reçues, les méthodes de notation ou de pondération.

Comment définir la pondération de chaque critère ? On peut le faire d'une manière empirique, sur la base des enseignements tirés de l'analyse du besoin. Par exemple, on peut considérer que plus on achète une prestation spécifique, plus on doit faire effort sur la qualité par rapport au prix. En revanche, lorsque l'on achète des fournitures courantes dans un contexte concurrentiel, on donnera plus d'importance au prix. On peut modéliser la pondération générale entre le prix et les autres critères, que l'on appellera « avantages », selon le graphique de la figure 6.1.

On notera que la pondération permet, si on le souhaite, de doter des critères d'un même poids, ce qui est impossible avec la hiérarchisation.

7. Il n'existe pas de règle explicite en la matière aujourd'hui, ni à notre connaissance de jurisprudence sur ce point. La déontologie élémentaire oblige toutefois l'acheteur à s'imposer de telles règles.

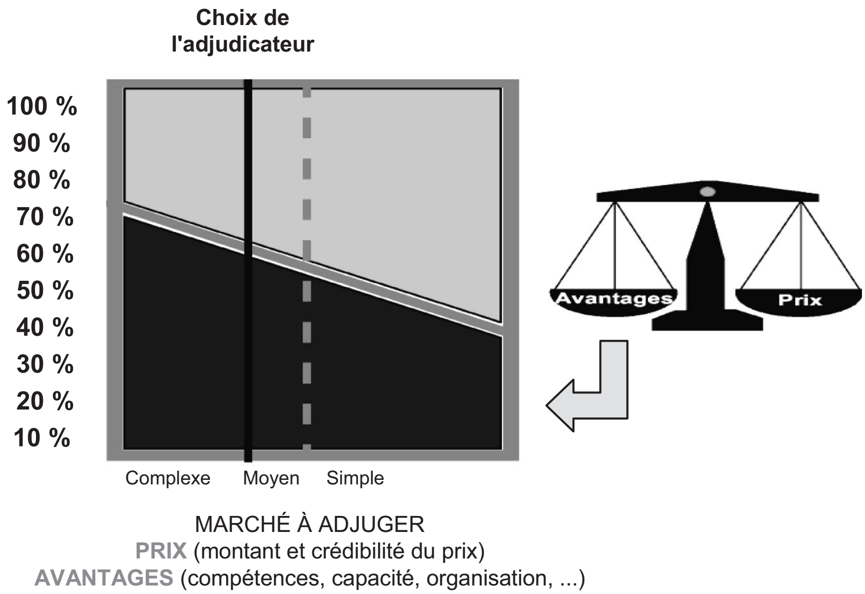


Figure 6.1 La détermination de la pondération

Source : *Guide romand pour l'adjudication des marchés publics* – annexes

Tableau 6.3 Exemple de pondération empirique

Critères hiérarchisés (pour mémoire)	Critères pondérés
1. Valeur technique	– 40 % Valeur technique
2. Délai	– 30 % Délai
3. Coût d'utilisation	– 15 % Coût d'utilisation
4. Prix	– 15 % Prix

Le risque d'une pondération empirique est de ne pas coller à la définition du besoin, et de sacrifier à des modèles généraux qui se révéleraient inadaptés aux situations spécifiques. C'est pourquoi cette approche empirique sera utilisée pour déterminer la balance générale entre qualité et prix : sous le terme « qualité », on retrouve tous les critères autres que le prix, étant entendu que, pour des projets complexes, chaque critère peut se décomposer en sous-critères permettant d'affiner l'analyse. Le but étant de sélectionner l'offre adéquate en fonction du besoin arrêté.

La mise en œuvre en vue du résultat se modélise facilement sur tableur et fait apparaître le classement en lecture directe (tableau 6.4).

Tableau 6.4 Mise en œuvre de la pondération

Critère	Pond.	A		B		C		D	
		note	pond.	note	pond.	note	pond.	note	pond.
Valeur technique	40 %	8	**32**	7	**28**	7	**28**	5	**20**
Délai	35 %	6	**21**	7	**24.5**	8	**28**	8	**28**
Prix	25 %	6	**15**	7	**17.5**	8	**20**	10	**25**
	sur 100		**68**		**70**		**76**		**73**

Classement : C, D, B, A

Le résultat est incontestable. Dans cet exemple, l'attributaire n'est ni le premier sur le critère majeur, ni le moins-disant.

■ *La pondération à l'intérieur des critères*

Un critère de valeur technique, par exemple, recouvre plusieurs types d'exigences que l'on peut appeler sous-critères. En cas de projets complexes, l'acheteur sera dans l'obligation d'établir des critères très détaillés, la pondération étant effectuée aussi à l'intérieur des critères principaux.

Exemple de pondération multiple :

Construction d'une caserne de gendarmerie (70 logements, locaux administratifs et techniques)

– 40 % valeur technique

- 50 % thermique
  - équipements 50 % ;
  - performances d'ensemble et confort d'été 50 %.
- 20 % acoustique
- 30 % adaptation à l'usage
  - coût d'entretien des bâtiments 25 % ;
  - qualité des équipements 75 %.

– 35 % prix

– 25 % Délai d'exécution

Source : Xavier Besançon, « Appels d'offres, quels critères pour le mieux-disant », *MTP* 26 février 1993

La mise en œuvre se fera exactement comme indiqué sur le tableau 6.4.

Il est clair que cette pondération représente une aide considérable pour déterminer l'offre la mieux-disante. On verra aussi qu'elle est un outil indispensable pour mener et conclure une négociation, dans la mesure où la procédure l'autorise. Mais cet outil, s'il est mal employé, peut avoir des conséquences catastrophiques. En effet, il appartient à l'acheteur de favoriser les critères et sous-critères auxquels il attache le plus d'importance, ce qui passe nécessairement, ici encore, par une bonne définition du besoin. La pondération relative des critères qualité et des sous-critères peut, là encore, être empirique ; elle peut aussi faire l'objet d'une démarche plus scientifique, que l'on réservera aux projets complexes. La méthode préconisée par le *Guide romand de la commande publique* est très intéressante de ce point de vue.

La sous-pondération, ou pondération à l'intérieur des critères

Le cas de la sous-pondération a été traité dans une jurisprudence européenne CJCE 24/11/2005 ATI EAC c/VENEZIA SPA, qui a imposé « l'obligation de faire connaître préalablement l'importance accordée à chaque critère » et confirmé « l'irrégularité de la sous-pondération *a posteriori* de 5 sous-éléments d'un des critères d'attribution, par la commission d'attribution ». On peut donc parfaitement donner une pondération à des sous-critères à l'intérieur des critères (c'est même recommandé dans la pratique), à condition de l'avoir annoncé au préalable (dans d'appel public à la concurrence).

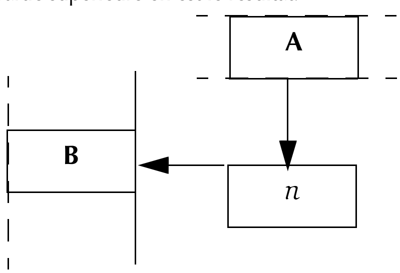
Par ailleurs, un arrêt récent de la CAA Bordeaux[8], n° 07BX01819, Région Réunion contre Préfet de La Réunion, a considéré que « l'article 53-II imposant que la pondération des critères soient effective et rendue publique à l'avance s'applique également pour les sous-critères, sauf à vider cette disposition de toute substance ». Il ressort de cet arrêt, pour un marché européen publié au JOUE, l'impossibilité de ne donner dans l'avis que la pondération principale, renvoyant au

8. Voir le commentaire détaillé de cet arrêt dans Contrats et marchés Publics n° 11/2007 par Willy Zimmer, contribution n° 291 et dans la revue hebdomadaire électronique de jurisprudence e-RJCP n° 37 de Dominique Fausser.

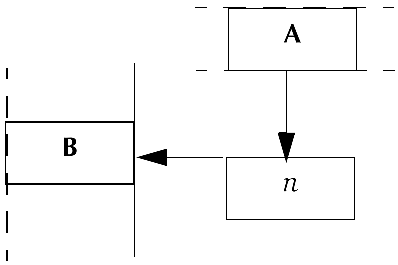
règlement de consultation pour le détail de la sous-pondération. Deux possibilités sont offertes : renvoyer systématiquement au règlement de consultation pour la connaissance des critères (pondération et sous-pondération, sur les avis BOAMP et JOUE), ou bien indiquer tout le détail dans les avis de publicité, ce qui semble préférable, ou au moins, compte tenu des difficultés matérielles de saisie, d'indiquer dans la rubrique « autres renseignements » des deux avis, que le détail de la pondération figure au règlement de consultation.

Exemple de pondération : Projet simple

CRITÈRES « AVANTAGES »



La partie inférieure de la matrice est traitée, la partie supérieure en est le résultat. A est plus important que B → $n = 2$ A est aussi important que B → $n = 1$ A est moins important que B → $n = 0$		Organisation du soumissionnaire mise en place pour l'exécution du marché	Gestion de la qualité du projet et qualité de la prestation	Compétences, expériences des personnes responsables pour l'objet à réaliser	Délais d'exécution, capacité et disponibilité du personnel et du matériel	Service après-vente	Coûts d'exploitation	Créativité et gestion de l'environnement	Présentation et qualité des dossiers d'offres
1	Organisation du soumissionnaire mise en place pour l'exécution du marché	X							
2	Gestion de la qualité du projet et qualité de la prestation		X						
3	Compétences, expériences des personnes responsables pour l'objet à réaliser			X	**2**		**1**		
4	Délais d'exécution, capacité et disponibilité du personnel et du matériel			**0**	X		**0**		
5	Service après-vente					X			
6	Coûts d'exploitation			**1**	**2**		X		
7	Créativité et gestion de l'environnement							X	
8	Présentation et qualité des dossiers d'offres								X

La partie inférieure de la matrice est traitée, la partie supérieure en est le résultat.  A est plus important que B → n = 2 A est aussi important que B → n = 1 A est moins important que B → n = 0	Organisation du soumissionnaire mise en place pour l'exécution du marché	Gestion de la qualité du projet et qualité de la prestation	Compétences, expériences des personnes responsables pour l'objet à réaliser	Délais d'exécution, capacité et disponibilité du personnel et du matériel	Service après-vente	Coûts d'exploitation	Créativité et gestion de l'environnement	Présentation et qualité des dossiers d'offres
Pondération en points =			**1**	**4**		**1**		
Nombre maximum de points possibles =	4 points							
Pondération attribuée par l'adjudicateur (max. 10 points) =			**3**	**10**		**4**		

Source *: Guide romand pour l'adjudication des marchés publics*, annexes

Total des pondérations « Avantages » = 17 points

Pondération « Avantages »/ « Prix » Choix en fonction de la complexité du marché		
« prix » = 80 %	→	pondération « prix » = 68
points« avantages » = 20 %	→	pondération « avantages » = 17 points

Dans le cas de cet exemple, trois critères ont été retenus. La grille a permis de classer les critères avec leur poids respectif, le choix méthodologique étant de ramener ce poids sur une base de 10 points maximum par critère.

Ensuite, les notes de 1 à 4, obtenues par chaque candidat sur chacun des critères sont multipliées par la pondération. Le nombre de points obtenus est ajouté à la note de prix pondérée et l'on obtient le classement final.

Remarque : cette approche est intéressante mais d'une lisibilité difficile. Par ailleurs, la cotation de 0 à 2 « écrase » le poids relatif des critères.

Les critères de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse peuvent-ils être pondérés de manière identique ?

« […] La pondération permet de définir la valeur respective des critères annoncés par le pouvoir adjudicateur. C'est d'ailleurs

> ce en quoi la pondération se distingue de la hiérarchisation qui, elle, consiste à classer les critères par ordre d'importance décroissante ou croissante, sans que leur importance respective soit indiquée. L'obligation de pondérer les critères laisse le pouvoir adjudicateur libre de fixer le poids respectif de ceux-ci, soit en les différenciant, soit en leur donnant une importance identique, soit en recourant simultanément aux deux possibilités s'ils choisissent plus de deux critères. Le libellé de l'article 53 du Code des marchés publics permet par exemple à l'acheteur de choisir deux critères qu'il peut pondérer à 50 % chacun ou à hauteur d'un pourcentage différent pour chacun des critères. De même, s'il choisit trois critères, il pourra éventuellement donner le même poids aux trois critères ou bien à deux d'entre eux et fixer un pourcentage pour le troisième ».

Source : Réponse écrite du ministre de l'Économie des finances et de l'industrie à la question B. Piras JO Sénat du 19/01/2006, réponse JO Sénat du 1/03/2007

6.1.4 Le choix entre pondération et hiérarchisation des critères

■ ***Les aspects pratiques***

Sur le plan de l'utilisation des deux méthodes, on constate que :

- la hiérarchisation confère une certaine souplesse et garantit le débat ainsi que la décision autonome des autorités responsables, après l'ouverture des offres. En contrepartie, l'utilisation des critères suivant le plus important est sujette à controverse suite à des jurisprudences récentes, et ne garantit ni l'impartialité du choix, ni la sécurité juridique ;
- la pondération conduit à un résultat sans équivoque et éteint donc quasiment le débat, transférant de fait la responsabilité des autorités décisionnelles vers les agents chargés de l'analyse technique, ce qui imposera des précautions de traçabilité[9]. Gage d'une meilleure transparence de l'utilisation des critères de choix, cette méthode n'est pas infaillible car la subjectivité se retrouve au niveau de la note de chaque critère et sous-critère, ainsi qu'au niveau des choix conduisant aux écarts de notes

9. Procédures internes à mettre en place, visant à prouver que le choix des modes de calcul est antérieur à l'ouverture des offres, voir *infra*.

(voir *infra*). Par ailleurs, elle impose une définition du besoin encore plus rigoureuse, aucune adaptation n'étant possible en cours de procédure, au vu des offres, si l'on s'aperçoit que l'on a donné trop d'importance – ou pas assez – à un critère ou un sous-critère.

Ce sujet a fait l'objet de polémiques et de controverses. Les partisans de la hiérarchisation plaident pour sa souplesse et la place qu'elle laisse au choix responsable de l'autorité décisionnelle, Commission d'appel d'offres ou autre responsable. Les partisans de la pondération mettent en avant sa traçabilité, gage d'une meilleure sécurité juridique, ainsi que la clarté du résultat qui prend vraiment en compte l'ensemble des aspects de l'offre, en toute objectivité.

Sur un plan pratique, la pondération est indispensable pour des achats complexes. Pour des achats simples, telles que des fournitures courantes, achats de faibles montants, etc., la hiérarchisation donne toute satisfaction.

Au-delà de ces considérations et des avis divers, c'est une fois de plus le droit qui impose la solution.

■ ***Les aspects juridiques***

Ce choix est en effet déterminé par la réglementation. La directive européenne 2004-18/CE du 31 mars 2004 et le nouveau Code qui en est directement issu, imposent la pondération, la hiérarchisation des critères étant l'exception, sur motivation expresse.

Directive 2004-18/CE du 31 mars 2004, article 53.2

« […] Le pouvoir adjudicateur précise dans l'avis de marché […] la pondération relative qu'il confère à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

[…] Lorsque, d'après l'avis du pouvoir adjudicateur, la pondération n'est pas possible pour des raisons démontrables, il indique dans l'avis de marché […] l'ordre décroissant d'importance des critères ».

Le Code 2004 reprenait cette disposition européenne, mais rédigée différemment : « ces critères sont pondérés ou à défaut hiérarchisés[10] ». Il est intéressant de revenir sur ce point et sur la

10. Article53-II du décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004.

jurisprudence qu'il a générée. En effet, ce libellé sibyllin laissait à penser que l'acheteur public restait libre de ce choix d'opportunité, ce que confirmait la doctrine officielle du ministère des Finances. Il faut souligner que la directive 2004-18 n'était pas encore promulguée au moment de la sortie du décret portant Code des marchés publics (décret 2004-15 du 7 janvier 2004).

> « L'intention du pouvoir réglementaire a clairement été de poser une alternative, laissée à la libre appréciation des acheteurs publics, entre pondération et hiérarchisation des critères. Cette alternative a été introduite dans le nouveau Code afin de permettre aux acheteurs de se familiariser avec le mécanisme de pondération des critères et ainsi de se préparer aux nouvelles règles posées par les directives qui imposent le recours à la pondération, sauf au cas où la pondération n'est pas possible, l'acheteur public devant alors justifier cette impossibilité. »
>
> « [le Code] n'impose aucune obligation de justifier d'une éventuelle impossibilité de pondérer les critères pour pouvoir recourir à leur hiérarchisation. En conséquence, si les critères de choix des offres n'ont pas été pondérés par l'acheteur public, ils doivent être considérés comme ayant été hiérarchisés par lui et l'ordre de leur énumération prévaudra pour l'appréciation des offres. »

Réponse écrite, JOAN du 14 décembre 2004, p. 10013

On pouvait en déduire que :

- en droit interne, le libre choix s'exerçait entre pondération et hiérarchisation, au moins jusqu'à la prochaine modification réglementaire entraînée par la prise de la directive 2004-18/CE ;
- la pondération devait être obligatoire pour les marchés dépassant les seuils européens, la liberté de choix restant pour les procédures nationales, notamment les « procédures adaptées ».

Le juge administratif l'a entendu différemment. Par une ordonnance du 11 mai 2004, qui a provoqué cette question parlementaire dont la réponse vient d'être citée, il avait annulé une procédure de passation d'un marché comportant deux critères hiérarchisés.

> « Considérant [...] que la publication des règles de pondération des critères de sélection des offres constitue une obligation qui

ne peut être écartée, au profit de la simple hiérarchisation des critères que lorsque la nature du marché y fait obstacle ou lorsqu'il peut être dûment justifié par la personne responsable du marché ; que le non-respect de cette exigence de transparence, constitutif d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence s'imposait à la commune de La-Seyne-sur-Mer que ni la nature du marché litigieux, ni le nombre de critères limité à deux ne permettaient d'écarter. »

Tribunal administratif de Nice, 11 mai 2004, SVCR c/La-Seyne-sur-Mer, req. n° 04001930[11]

Cet arrêt de référé a été confirmé en cassation par le Conseil d'État, le 29 juin 2005, n° 267992[12] : « C'est seulement si la pondération des critères d'attribution est impossible que la personne publique qui s'apprête à passer un marché, peut se borner à procéder à leur hiérarchisation. »

Il est de plus intéressant de relever que le marché en question a été passé en application du Code 2004, avant publication de la directive 2004-18 : force est de constater que l'interprétation du juge, fondée sur le seul texte national, est diamétralement opposée à celle de l'autorité réglementaire, ce qui n'a pas facilité la tâche de l'acheteur jusqu'à la décision finale du Conseil d'État et ultérieurement, la parution du nouveau Code.

La question ne se pose donc plus avec le nouveau Code : la pondération est obligatoire, sauf impossibilité à justifier. Mais que signifie « impossibilité » à pondérer ? En effet, dès lors que l'on choisit plusieurs critères, il est toujours possible, théoriquement, de pondérer : matériellement, nous ne voyons pas d'impossibilité à pondérer, sauf à choisir une adjudication (prix = critère unique). Mais la pondération est-elle toujours opportune ? En effet, on l'a vu, la pondération représente un gros travail, donc du temps, donc un coût qui doit être proportionné à l'enjeu du marché. On peut considérer qu'il l'est effectivement pour les procédures formalisées, par définition d'un montant élevé. Toutefois, le montant n'est pas le seul paramètre : il faut aussi prendre en compte la complexité du marché.

11. Cité par N. Charrel, *CP-ACCP* n° 39, p. 55.
12. *AJDA* n° 26/2005, p. 1431.

La question reste posée pour certains marchés adaptés : une lecture formelle du texte laisse à penser que la pondération est obligatoire dès 4 000 €, ce qui est d'une opportunité tout à fait contestable. En effet, autant la pondération est un outil incomparable, à condition d'être bien préparé, pour un appel d'offres complexe ou la conduite d'une négociation, autant c'est une lourdeur sans plus-value pour l'achat de produits « sur étagères », d'autant plus de montants peu importants[13].

Article 53 du nouveau Code des marchés publics

[…] « **II**. Lorsque plusieurs critères sont prévus, le pouvoir adjudicateur précise leur pondération. Le poids de chaque critère peut être exprimé par une fourchette dont l'écart maximal est approprié.

Lorsque le pouvoir adjudicateur estime pouvoir démontrer que la pondération n'est pas possible, il indique les critères par ordre décroissant d'importance […] ».

Critères et marchés de faible montant : le cas de l'arrêt du Tribunal administratif de Dijon, 30 avril 2004, cabinet Legitima :

La Direction départementale de l'équipement de Saône-et-Loire avait lancé une consultation sur le fondement de l'article 28[14], auprès de trois cabinets spécialisés, pour assurer trois journées de formation sur la prévention du risque contentieux lors de la passation et de l'exécution des marchés publics. Le référé précontractuel déposé par le requérant invoquait notamment « l'absence […] de définition préalable des critères d'attribution dans le règlement de consultation ». Le Juge a considéré que : « en se limitant à la consultation de trois cabinets spécialisés et en se bornant à préciser, dans les documents de consultation, les éléments que l'offre doit impérativement comporter, la direction départementale de l'équipement de Saône-et-Loire a satisfait à l'obligation de publicité et de mise en concurrence à laquelle elle est tenue au regard des principes fondamentaux

13. Une fois encore, des principes pleins de bonnes intentions, poussés à l'extrême, ont des effets anti-économiques, alourdissant les procédures et entraînant par là une augmentation du coût de la commande, donc des charges publiques !
14. Marchés passés selon la procédure adaptée, Code 2004.

édictés à l'article 1er du titre Ier du nouveau Code des marchés publics. »

Le Code 2004, applicable en l'espèce, ne rendait pas obligatoire aux marchés adaptés, l'article 53 définissant les obligations relatives aux critères d'attribution. Pour des marchés de faible montant, il a été jugé qu'une définition précise des attentes de la personne publique tenait lieu de critères. Concernant le nouveau Code, il importe d'être prudent : l'article 66 relatif aux critères est applicable aux marchés adaptés. La jurisprudence Legitima ne pourrait donc s'appliquer, le cas échéant, qu'aux marchés d'un montant inférieur à 4 000 € HT.

■ ***Le niveau de transparence de la pondération des critères***

Jusqu'à quel niveau de détail l'acheteur doit-il pousser la transparence des critères et de leur pondération ? Les arrêtés relatifs au contenu de la publicité[15] ne descendent pas dans le détail des sous-critères, ce qui tendrait à militer pour un renvoi intégral au règlement de consultation, en cas de sous-critères eux-mêmes pondérés (*cf.* tableau 6.5).

Tableau 6.5 La rubrique « critères d'attribution » de l'arrêté du 28 août 2006

<table>
<tr><th colspan="2">Critères d'attribution</th></tr>
<tr><td colspan="2">Offre économiquement la plus avantageuse appréciée en fonction

1 ☐ des critères énoncés ci-dessous (préciser la pondération [en pourcentage] ou la hiérarchisation des critères).</td></tr>
<tr><td>1 ou _ _ %..................................
2 ou _ _ %..................................
3 ou _ _ %..................................
4 ou _ _ %..................................
5 ou _ _ %..................................</td><td>6 ou _ _ %..................................
7 ou _ _ %..................................
8 ou _ _ %..................................
9 ou _ _ %..................................
10 ou _ _ %..................................</td></tr>
<tr><td colspan="2">2 ☐ du critère unique du prix le plus bas.</td></tr>
</table>

15. Arrêté du 30 janvier 2004 pris pour l'application des articles 40 et 80 du Code des marchés publics et fixant les modèles de formulaires pour la publication des avis relatifs à la passation et à l'attribution des marchés publics – JO du 5 février 2004 et arrêté du 4 décembre 2002 fixant le modèle de formulaires pour la publication des avis relatifs à la passation de marchés publics au Journal officiel des Communautés européennes, JO du 30 janvier 2003 p. 1848.

> La directive 2004-18 déjà citée précise dans son annexe VII, « Informations qui doivent figurer dans les avis », au point 23 :
>
> « Critères visés à l'article 53 qui seront utilisés lors de l'attribution du marché : « prix le plus bas » ou « offre économiquement la plus avantageuse ». Les critères constituant l'offre économiquement la plus avantageuse ainsi que leur pondération sont mentionnés lorsqu'ils ne figurent pas dans les cahiers des charges ou, en cas de dialogue compétitif, dans le document descriptif. »

Comme on l'a vu dans un chapitre précédent, l'acheteur ne peut pas se contenter de renvoyer au règlement de consultation pour la mention des critères[16]. La notice d'aide à la rédaction du formulaire de publicité défini par l'arrêté du 30 janvier 2004[17] indique qu'il s'agit d'une zone obligatoire. S'agissant des critères, l'acheteur doit « préciser leur pondération. Le poids de chaque critère *peut* être exprimé par une fourchette dont l'écart maximal est approprié ». À quel niveau de détail doit-on définir les critères ? C'est à l'acheteur qu'il appartient d'en décider. L'emploi du verbe « pouvoir » au lieu de « devoir » semble laisser le choix. La notion de « fourchette » laisse entendre la préférence pour des méthodes de calcul « linéaires » (voir *infra*). Le fait de détailler les critères et surtout de préciser le détail de la pondération présente des avantages et des inconvénients qu'il convient de mesurer au préalable :

- Les avantages :
  - plus grande transparence ;
  - meilleure information des candidats quant aux priorités de l'acheteur, leur permettant d'adapter leur offre et de coller au mieux aux objectifs de la personne publique (sous réserve que les critères aient été établis avec méthode et pertinence) ;
- Les inconvénients :
  - risque d'offres « sur mesure » et d'ententes entre les candidats ;
  - risque de discordance avec le règlement de consultation (problème de relecture), pouvant entraîner l'annulation de la procédure.

16. Conseil d'État 8 avril 2005, société Radiometer et Tribunal administratif d'Amiens 17 octobre 2001, société IDEX Energie Est, déjà cités chapitre II.5
17. Documents disponibles sur le site www.minefi.gouv.fr.

> Le Conseil de la concurrence exprime une position réservée quant à la transparence des critères de choix, soulignant :
>
> « […]
>
> • le caractère néfaste de la communication à tout soumissionnaire, par l'acheteur public, des offres reçues, même après l'ouverture des plis, cette pratique ayant pour effet d'accroître la possibilité de rétorsion des entreprises en cas d'entente et donc de favoriser leur mise en place ;
>
> • et la publicité donnée *a priori* aux critères de choix et à leur hiérarchisation, également de nature à faciliter les comportements collusifs. »

Avis du Conseil de la concurrence n° 03-A-05 du 25 avril 2003
relatif à un projet de décret réformant le Code des marchés publics

Cet avis du Conseil de la concurrence, sur le projet qui est devenu le décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004, s'opposait au principe même de publicité des critères d'attribution. Cet avis n'a pu être suivi, compte tenu du droit européen qui, on l'a vu, impose cette publication. Mais force est de constater que les autorités nationales en charge de la concurrence ne recommandent pas une publicité trop poussée des critères de choix et de leur mise en œuvre par la personne publique.

Certaines personnes publiques donnent toutefois de telles informations, dans le règlement de consultation.

> Il conviendra d'être attentif à l'interprétation que donneront les juges à cette phrase de l'article 53-II : « Le poids de chaque critère peut être exprimé par une fourchette dont l'écart maximal est approprié ». Cela signifie-t-il la détermination et la mention des performances correspondant respectivement à la note 0 et à la note maximale ? La CMPE, à l'occasion de son rapport d'activité 2005, aborde indirectement la question, même s'il ne s'agit pas précisément de cette assertion du nouveau Code, et pour cause (voir *infra*). L'existence de cette phrase est susceptible d'accroître le contrôle du juge (« écart maximal « *approprié* »), ce qui va dans le sens du contrôle du juge des conditions économiques de passation des marchés publics, comme le montre le professeur Rolin : « nous sommes, sur cette question [le rôle du critère dans la sélection des offres], en train de vivre une révolution de l'achat public. Révolution empirique, les acheteurs publics essayant de

mettre en place des techniques de plus en plus élaborées de sélection des offres, notamment pour les projets d'importance, mais également révolution juridique dans la mesure où le Conseil d'État est en train de construire un système de contrôle qui le conduira à devenir le juge de l'efficacité économique de l'achat public. Ne doutons pas que dans un futur proche il sera amené à se prononcer sur la pertinence des techniques de pondération des critères ou même d'attribution des notes aux différents concurrents. Il appartient donc aux acheteurs publics de prendre la mesure de ces mouvements et d'approfondir leur réflexion sur les techniques de sélection des offres. »

Entretien donné par le professeur Rolin à G. Lauwereins-Taris, www.achatpublic.com le 1er juin 2006

Exemple de décomposition de la pondération dans un règlement de consultation

Annexe I du RC
Tableau comparatif des offres (marché de formation professionnelle continue)
Grille d'analyse

Critères	Sous-critères	Barème	Note obtenue
Critères techniques	Contenu des formations	40	
	Méthodes et moyens pédagogiques	40	
	CV des intervenants	30	
	Proposition de programme de formation répondant à l'expression de besoin	30	
	Modèle de support de cours	20	
	Exemplaire d'évaluation à chaud	10	
	Catalogue de formations 2005 avec le calendrier des sessions	10	
	Sous-total 1	**180**	
Critère prix	Offre financière, non dégressive par stage et par stagiaire	50	
	Taux de remise sur le catalogue général	10	
	Sous-total 2	**60**	
	Note globale (sous-total 1 + sous-total 2)	**240**	
	Classement des offres		

Il s'agit là d'une position attestant un objectif de transparence. La voie minimaliste aurait été de se contenter de mentionner la valeur technique et sa pondération, les candidats devant deviner, en regard du cahier des charges, les objectifs de la personne publique et donc en déduire les points sur lesquels ils doivent faire effort.

La position intermédiaire aurait été de donner le critère de valeur technique et sa pondération, en indiquant ce que l'on entend par valeur technique : le contenu des formations, les méthodes et moyens pédagogiques, le profil des intervenants, etc.

Une position maximaliste dans le souci de transparence aurait été jusqu'à définir le mode de calcul des notes pour chaque sous-critère.

6.2 L'élaboration des notes à l'intérieur des critères

Les choix techniques de formules de notation ne sont pas anodins : ils peuvent viser à accentuer ou diminuer les écarts entre les candidats, leur utilisation inadéquate pouvant totalement fausser les résultats. Un système de notation maximisant les écarts sur un critère et les réduisant sur un autre, modifie de fait (et de façon opaque si les formules ne sont pas annoncées) la mise en œuvre de la pondération annoncée. On peut facilement imaginer les dangers et dérives potentielles d'un système de notation élaboré en fonction des offres reçues… Il s'agit pour l'acheteur de déterminer un modèle, adapté à l'objet du marché, lui permettant :

- de transformer des éléments chiffrés (prix, délais, caractéristiques techniques, etc.) en notes ;
- de transformer des éléments d'appréciation qualitative non chiffrée en notes.

Il convient également de s'interroger sur la cotation de la note que l'on va multiplier par la pondération :

- Est-ce une note sur 5 ou sur 10 – la plus haute étant la meilleure, celle-ci étant ensuite pondérée ?
- Une note directement pondérée ?
- Ou encore un simple nombre de points que l'on pondère ensuite (méthode du *Guide romand*) ?

Il n'existe pas de « meilleure méthode » ni de « méthode réglementaire », sauf dans le cas où elle correspond à la politique

générale et officielle d'un service acheteur[18]. Il importe que la méthode soit pertinente et aboutisse à un choix incontestable pour l'attribution d'un marché, répondant avec le meilleur rapport qualité-prix au besoin initialement exprimé.

Les développements qui suivent montrent que l'on peut obtenir des résultats, donc des classements, différents selon les modes de calcul utilisés. Des précautions de traçabilité doivent être prises par l'acheteur, afin d'éviter d'être accusé d'avoir « arrangé » les calculs, après ouverture des offres.

> **« La CMPE a souvent constaté que la pondération des critères ne suffit pas, en elle-même, à assurer l'objectivité dans la comparaison des offres. L'opération de notation joue à cet égard un rôle décisif. Que signifie, en effet, l'affichage de deux critères pondérés, par exemple 30 % et 40 %, si à l'intérieur du premier, les notes s'écartent de 0 à 20 et à l'intérieur du second, se tiennent toutes aux alentours de la moyenne ? Le défaut de transparence et le risque d'arbitraire sont d'autant plus grands que le nombre de critères retenus est peu élevé. Aussi a-t-elle, en de nombreuses occasions, conseillé à l'acheteur public de définir suffisamment de critères, et surtout de sous-critères.**

CMPE, rapport d'activité 2005, (II.E.4)

6.2.1 Principes généraux, résultats chiffrés devant être transformés en note

L'ouverture des offres fait apparaître des éléments d'appréciation chiffrés : délai, prix, puissance d'un moteur.... Il appartient à l'acheteur de transformer ce résultat en note.

Pour ce faire, on retiendra deux possibilités :

– **proportionnelle** (plus le résultat augmente, meilleure est la note : puissance d'un moteur, durée de conservation d'un médicament, par exemple) **ou inversement proportionnelle** (plus le résultat diminue, meilleure est la note [délai d'exécution, prix]) ;

18. Ce qui est dangereux, car de telles dispositions générales sont autant de rigidités devant les nombreux cas particuliers, et de risques juridiques pour l'acheteur qui décide de s'en affranchir.

– **linéaire** : les résultats des offres sont notés en fonction de l'écart entre une valeur correspondant à la note 0 et une valeur correspondant à la note maximale.

Dans ce dernier cas, tout l'art consiste en la détermination de ces bornes supérieure et inférieure. Différentes méthodes permettent de calculer l'incrémentation entre les deux bornes extrêmes.

6.2.2 Les critères chiffrés autres que le prix

■ ***La cotation proportionnelle ou inversement proportionnelle, relative en fonction des propositions reçues***

L'acheteur n'est pas en mesure de déterminer *a priori* un résultat acceptable ou même ne le souhaite pas. Il prévoit d'adapter sa cotation aux offres reçues. Dans ce cas, l'éventail va s'ouvrir par rapport à la meilleure offre qui obtient la note maximale, les autres propositions étant évaluées de façon proportionnelle (la note croît quand le montant chiffré de l'offre croît) ou inversement proportionnelle (la note décroît quand le montant chiffré de l'offre croît).

Exemple : calcul de la note d'un délai d'exécution

– A propose 20 jours ;

– B propose 22 jours ;

– C propose 15 jours ;

La note 10/10 correspond à 15 jours (meilleure offre, candidat C).

La note des autres candidats s'obtient avec la formule suivante :

$$\frac{(\text{meilleure_offre})}{(\text{offre_proposée})} \times 10$$

soit pour A = $\frac{15}{20} \times 10 = 7{,}5$

soit pour B = $\frac{15}{22} \times 10 = 6{,}81$

et pour C = $\frac{15}{15} \times 10 = 10$

Attention, le rapport est pertinent concernant cet exemple où plus le nombre de jours est faible, meilleure est la note. Sur un autre type de critère, si une proposition donnant un nombre supérieur est

considérée de meilleure qualité par rapport à celle qui donne un nombre inférieur (par exemple la durée de conservation d'un médicament), il faut inverser la fraction, soit :

$$\frac{(\text{offre_proposée})}{(\text{meilleure_offre})} \times 10$$

Ces différentes méthodes peuvent s'adapter à tous critères évaluant des données chiffrées de propositions : confort thermique, niveau d'émission de bruit, niveau d'émission de rejets polluants, etc.

■ ***La cotation par rapport à une note d'objectif, éventuellement assortie d'un plancher et/ou d'un plafond : méthode linéaire***

Lorsque l'acheteur prépare la pondération des critères d'attribution, il peut, pour certains domaines de sous-critères, déterminer des objectifs. Ces objectifs représentent un niveau de qualité acceptable, satisfaisant.

L'atteinte de ce niveau donnera la note moyenne, un niveau inférieur ne rendra pas l'offre irrecevable mais confère une note en dessous de la moyenne qui pourra, le cas échéant, être rattrapée sur l'ensemble du critère ou de l'offre.

La note 0 sera donnée pour toute offre inférieure à la condition d'exécution minima, ou bien arrêtée selon les objectifs fonctionnels recherchés.

La note maximale sera soit obtenue par règle de trois, soit arrêtée à un certain niveau, ceci ayant pour effet de supprimer les effets d'une sur-qualité non souhaitée. Enfin, l'incrémentation doit être définie au départ.

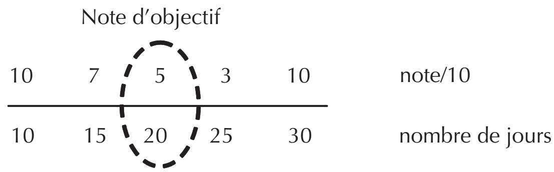
Exemple : calcul de la note d'un délai d'exécution

Le délai d'exécution d'un marché fait partie des critères d'attribution. Le cahier des charges fixe une exigence minimale de réalisation dans un délai de 30 jours maximum (conditions d'exécution). Donc tout délai supérieur à 30 jours confère la note éliminatoire de 0, rendant l'offre irrecevable (condition d'exécution non remplie).

Un délai de 20 jours est considéré comme satisfaisant, c'est l'objectif (note = 5) ; un délai inférieur à 10 jours est considéré comme irréaliste, donc 10 jours ou moins = 10, demande d'explication et de précision si délai < 10 jours.

(On pourra demander au candidat présentant moins de 10 jours de préciser son offre en expliquant comment il peut obtenir un tel délai.)

Possibilité 1, schématiquement :



L'inconvénient de ce système réside dans l'incrémentation définie *a priori* par l'acheteur, de 5 jours en 5 jours : elle ne permet pas d'affiner et de marquer la différence pour des offres se situant dans les tranches intermédiaires.

Possibilité 2

Calculer, par rapport à la note d'objectif (obtient la moyenne), la valeur du jour en terme de points au dessus ou en dessous de la moyenne.

On pourrait alors procéder avec une formule de calcul telle que :

20 jours correspondent à la note 5, donc un jour correspond à 0.25, soit pour un délai de 15 jours, 5 + (5j x 0.25 = 1.25) soit 6.25 (on additionne car moins de jours = > délai plus rapide = > meilleure note), soit pour un délai de 22 jours, 5 – (2j x 0.25 = 0.5) = 4.5

Possibilité 3

On applique directement la formule suivante, pour une note sur 10 :

$$\text{note} = 10 - \frac{(\text{délai proposé en jours}) \times 5}{20}$$

dans la mesure où 20 jours correspondent à la note moyenne 5.

Aperçu des trois possibilités

	Possibilité 1 **Incrémentation *a priori* décidée par l'acheteur**	**Possibilité 2** **« Valeur » du jour calculé/moyenne ou objectif**	**Possibilité 3** **Règle de 3/moyenne ou objectif**
Modalités	Note moyenne, mini, maxi, incrémentation définie au départ (de 5 en 5 ou autre).	Un certain nombre de jours représente la moyenne, on en déduit le nombre de points pour 1 jour.	Calcul direct de la note.
Avantages	Simple mais à adapter pour être efficace.	Simple.	Se modélise facilement sur un tableur.
Inconvénient	Non pertinent si l'incrémentation est mal adaptée, risque d'écraser les écarts entre les offres.		Risque d'erreur dans la formule : plus il y a de jours de délais, plus la note est basse.

■ *L'acheteur est en mesure de déterminer les bornes minimales et maximales : méthode linéaire*

Le principe consiste en la détermination d'une fourchette fixée par l'acheteur, définissant la borne maximale (note maximale) et la borne minimale (note 0).

Exemple

Une collectivité vient d'acquérir, au cours de l'année *N*, un bâtiment pour accueillir un de ses services, actuellement logé dans des locaux loués. Le bail arrive à échéance le 31 janvier de *N* + 2. Un marché de travaux de rénovation et mise aux normes du bâtiment a été lancé, avec une date de notification prévisible au mieux, fin mai de *N* + 1. Le délai d'exécution est essentiel, car le service doit avoir totalement libéré les anciens locaux avant le 31 janvier, et ne doit pas interrompre son activité. Pour des raisons de coût, il est exclu d'avoir recours à une situation transitoire (location de bungalows pour accueillir le service, en l'attente de réception des travaux).

Deux critères ont été arrêtés : le délai d'exécution (60 %) et le prix (40 %). Les services techniques considèrent que les travaux ne peuvent être réalisés en moins de 26 semaines : le règlement de consultation précise que les délais proposés seront au moins de cette durée, sous peine d'irrecevabilité.

Comment déterminer l'échelle de cotation du délai ?

La note maximale est donnée, elle correspond à 26 semaines.

La date probable de notification se situe à 34 semaines de l'échéance : ce sera la note 0.

La note de chaque offre sera déterminée en fonction des écarts, selon une formule :

$$\text{Note obtenue} = \text{note maxi} \times \frac{\text{écart [(délai maxi – délai de l'offre)]}}{\text{écart [(délai maxi – délai mini)]}}$$

soit pour une note sur 10, en fonction des éléments déterminés plus haut :

$$\text{Note obtenue} = 10 \times \frac{(34 - \text{délai proposé})}{(34 - 26)}$$

	Délai offre (en semaines)	Calcul note	Note	Note pondérée (/60)
Offre A	27	$10 \times \frac{(34-27)}{8}$	8,75	52,5
Offre B	31	$10 \times \frac{(34-31)}{8}$	3,75	22,5
Offre C	29	$10 \times \frac{(34-29)}{8}$	6,25	37,5

■ *La non-prise en compte d'un niveau de qualité proposé, supérieur au besoin*

Afin d'éviter de donner une prime à la « surqualité », l'acheteur peut placer une borne supérieure au-delà de laquelle les éléments qualitatifs supplémentaires seront sans incidence sur la note. On pourra le faire :

- en fixant un niveau maximum, revenant à « écrêter » la note obtenue ;
- ou bien en considérant comme équivalentes les notes qualitatives obtenues, à partir d'un certain seuil.

Exemple d'écrêtement : sur le calcul de la note

Si l'on reprend le premier exemple, considérons qu'un délai d'exécution inférieur à 16 jours n'apporte aucun avantage particulier à la personne publique. On fixe alors la borne supérieure à 16 jours et moins pour la note maxi, ce qui donne :

$$\frac{(\text{meilleure_offre})}{(\text{offre_proposée})} \times 10$$

soit, la meilleure offre étant de 15 jours mais la limite fixée à 16

- soit pour A = $\frac{16}{20} \times 10 = 8{,}8$
- soit pour B = $\frac{16}{22} \times 10 = 7{,}2$
- et pour C = $\frac{16}{15} \times 10 = 10$

(La limite est fixée à 16 jours, C propose 15, il n'obtient aucun avantage supplémentaire au-delà de la note maximale.)

Exemple d'écrêtement : sur le résultat de la note

Extrait d'un Règlement de consultation d'un marché de fournitures : « Lorsque plusieurs offres ont reçu une note technique équivalente au seuil de qualité évalué à 16/20, elles sont considérées comme équivalentes. Le marché est alors attribué au moins-disant parmi les soumissionnaires ayant obtenu la note qualité équivalente. »

Dans cet exemple réel, le résultat de cette méthode donne (les chiffres sont fictifs) :

- société A, note qualité 18/20, prix unitaire 36 € HT ;
- société B, note qualité 13/20, prix unitaire 29 € HT ;
- société C, note qualité 16/20, prix unitaire 34 € HT ;

La note qualité de la société A est ramenée à 16/20, elle est à égalité avec C ; C est le moins-disant des deux premiers en qualité, il sera attributaire du marché.

Ce procédé s'applique parfaitement à la pondération : on écrête les notes à 16/20, puis on applique la pondération au prix, le total obtenu donnant le résultat de la meilleure offre (ce qui au final revient au même : le moins-disant ayant atteint 16/20 en qualité aura plus de points que son concurrent qui a obtenu 18/20 en qualité, ramené à 16, mais une note inférieure en prix compte tenu d'une offre plus élevée). En revanche, dans le cas de la hiérarchisation, il est irrégulier car l'importance décroissante des critères n'est pas respectée : c'est le prix, second critère, qui automatiquement détermine l'attributaire en cas de note qualité ramenée à 16.

> Le présent exemple est issu d'un cas réel : le juge des référés n'a pas considéré qu'il y avait irrégularité dans cette procédure ; l'affaire a fait l'objet d'un recours au fond.
>
> Le juge a considéré que « si rien ne s'oppose à ce que la personne responsable du marché procède à la hiérarchisation des critères au vu desquels elle envisage d'attribuer le marché par le biais d'une énumération de ces critères, dès lors que la hiérarchie qui découle de cette énumération est dépourvue d'ambiguïté, l'utilisation, en l'espèce, par l'article 10.1 du règlement de consultation, de l'expression « rapport de prix et de qualité », laquelle n'est pas une énumération, ne permettait pas aux soumissionnaires d'être informés que le critère du prix était, comme le soutient l'administration, prédominant pour l'attribution du marché ; qu'ainsi, les dispositions précitées du règlement de consultation révèlent un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence […] »

TA Versailles, n° 0404017 société Tricots Saint-James, 16 septembre 2005

> Il serait donc préférable d'utiliser l'écrêtement en modifiant simplement la valeur permettant d'obtenir la note maximale, exclusivement dans le cadre d'une pondération des critères : définition par l'acheteur d'une fourchette avec borne minimale et maximale (voir exemple de l'achat de ludocaïne, chapitre 7.1.2).

6.2.3 La notation de critères qualitatifs non chiffrés

Concernant les critères qualitatifs, des éléments objectifs chiffrés ne sont pas toujours disponibles. C'est même souvent le cas. En effet, dès lors que l'on apprécie des moyens spécifiquement mis en œuvre pour la réalisation du marché (équipes dédiées avec profil des intervenants, etc.), ou bien la qualité organoleptique

d'aliments, ou encore la qualité de la méthodologie proposée, la pertinence des propositions, etc., on doit faire une analyse plus complexe que la simple transformation d'une information technique chiffrée en note.

La notation ne saurait totalement supprimer l'aspect subjectif de ces évaluations. Néanmoins la pondération impose de pouvoir attribuer une note à tous les aspects d'une proposition.

■ *L'évaluation sur appréciation*

La première possibilité est de déterminer une grille que l'on peut affiner, sur le principe suivant (tableau 6.6).

Tableau 6.6 Évaluation empirique sur appréciation

Évaluation	Note
Excellent (répond parfaitement aux attentes)	10
Bon (répond aux attentes)	7
Acceptable (répond partiellement aux attentes)	5
Insuffisant (ne répond pas aux attentes)	0

Pour être rigoureux, il convient de déterminer au préalable la grille de lecture, afin de déterminer au plus près ce qui va permettre de chiffrer l'appréciation. L'exemple présenté par le *Guide romand*, déjà cité, est tout à fait pertinent.

Exemple : la méthode du *Guide romand pour l'adjudication des marchés publics*

Cette méthode prévoit de distribuer des points, en fonction des résultats atteints sur chaque critère. La cotation va de 0 à 4, les points obtenus étant ensuite multipliés par le coefficient pondérateur déterminé auparavant (voir *supra*).

Pour chaque cotation, la méthode décrit les résultats atteints, correspondant au nombre de points obtenus.

Exemple : la méthode du *Guide romand* pour l'adjudication des marchés publics

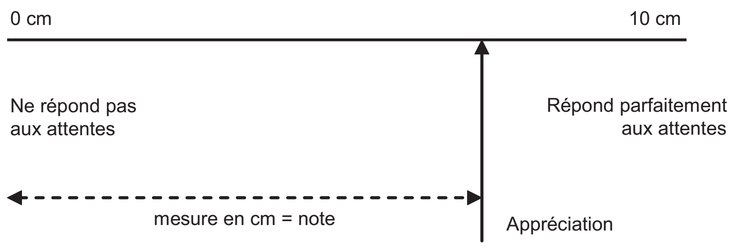
Pond.	Critères	Disqualifié si…	Note 0 si…	Note 1 si…	Note 2 si…	Note 3 si…	Note 4 si…
5	Organisation mise en place pour l'exécution du marché		Non fourni	Incomplet, très compliqué	Claire mais lacunaire	Claire et complète mais tâches non définies	Organisation parfaitement réglée
8	Gestion de la qualité du projet et qualité de la prestation		N'a jamais réalisé de plan qualité		A déjà réalisé un plan qualité		À déjà réalisé plusieurs plans qualité
12	Compétences, expériences des personnes responsables pour l'objet à réaliser		Aucune expérience	Une expérience Expériences anciennes	Plusieurs expériences. Performant dans d'autres domaines.	Nombreuses expériences du domaine	Spécialiste en la matière
10	Délais d'exécution, capacité et disponibilité du personnel et du matériel	Délais d'exécution hors planning	Aucun des trois facteurs suffisants (effectif prévu, réserve d'hommes disponible, réserve sur le planning)	Un des trois facteurs suffisants	Deux des trois facteurs suffisants		Tous les trois facteurs suffisants

Source : *Guide romand pour l'adjudication des marchés publics* – annexes

■ *L'évaluation sur échelle*

Il s'agit de la méthode que l'on utilise dans le cadre des urgences médicales, pour mesurer la douleur du patient conscient. Cette méthode est couramment utilisée pour les analyses gustatives de produits alimentaires.

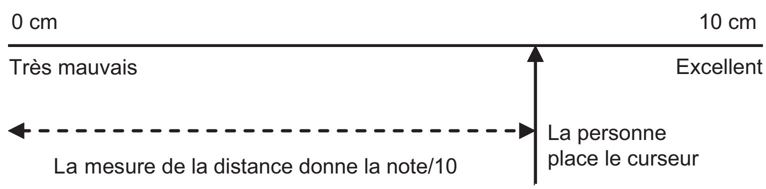
On trace une ligne de 10 cm, l'évaluateur place le curseur à l'emplacement qui correspond, selon son analyse, à la valeur de la proposition. On mesure ensuite la distance et l'on obtient la note/10.



Ce procédé est utilisé pour l'analyse gustative (organoleptique) de produits alimentaires, en faisant tester les aliments par des volontaires au sein d'une commission de dégustation.

On peut également l'utiliser pour le critère esthétique. La Commission d'appel d'offres, le jury ou une commission *ad hoc* désignée par l'autorité responsable peut ainsi noter le caractère esthétique d'un projet, d'un objet.

Principe de fonctionnement de la commission de dégustation



- 8 personnes volontaires, si possible représentatives des consommateurs habituels, indépendantes de la CAO ;
- goût des produits (12 max.) dans des conditions non perturbées ;
- notation sur une échelle de 10 cm, permettant un classement par note moyenne sur 10 ;
- pas de discussion, ni de mention d'origine (produits uniquement numérotés), afin de ne pas influencer les membres ;
- l'organisateur de la commission ne note pas ;
- le PV technique est signé du chef de service, des copies seront incluses dans le dossier du rédacteur du marché ainsi que dans le dossier technique.

Cette méthode permet de donner de l'objectivité (note) à une appréciation très subjective (le goût).

6.2.4 La notation du critère prix

La notation du critère prix est très délicate, car la méthode utilisée pourra conduire à des résultats très différents, voire privilégier anormalement ce critère, même si son poids pondéré apparent n'est pas le plus important. On peut calculer la note, soit par une méthode inversement proportionnelle à partir des offres reçues, soit par une méthode linéaire (*cf.* figure 6.2).

> **Pour noter le prix, on peut choisir entre méthode inversement proportionnelle ou méthode linéaire, cette dernière étant préférable. Il est irréaliste de procéder à une notation « par tranches ». En effet, l'effet de seuil est tel que la note correspondant à un prix ne permet pas de traduire la réalité des différences économiques, faussant par là les résultats de la pondération globale.**
>
> **Ainsi, par exemple, un acheteur donnant les notes :**
>
> - **0/10 pour un prix supérieur à 80 000 € ;**
> - **1/10 pour un prix compris entre 70 000 € et 80 000 € ;**
> - **2/10 entre 60 000 € et 70 000 €, etc.**
>
> **obtiendra des résultats irréalistes : l'offre de 69 900 € aura 2, celle de 70 100 aura 1… ce qui correspondrait, pour une pondération du prix à 40 %, à quatre points d'écarts sur 100 pour une différence de prix de 2,5 %. Cette méthode qui paraît simple ne sera pas développée car, selon nous, intrinsèquement fausse.**

Au-delà d'un choix économique pertinent, toute la question réside dans le fait d'avoir des écarts de notes suffisants pour faire franchement la différence, mais non disproportionnés par rapport à la réalité technique et économique de l'achat projeté.

On peut utiliser deux méthodes qui donnent des résultats très différents, inversement proportionnels relativement à l'offre la plus basse, ou bien linéaire entre l'offre la plus basse et l'offre la plus haute, cette dernière donnant lieu à différentes possibilités dans le choix des bornes basse et haute. La méthode inversement proportionnelle situe les résultats sur une hyperbole : les écarts seront resserrés. La méthode linéaire les répartit sur une droite : les écarts seront plus prononcés, d'autant plus que la pente de la droite est forte. Toute la question est de définir le prix de référence et/ou les bornes correspondant aux notes maximales et minimales.

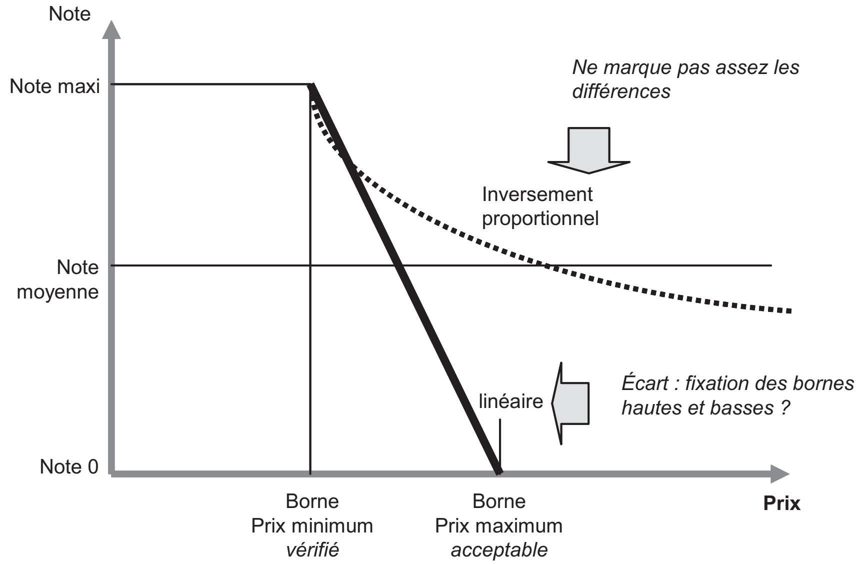


Figure 6.2 Évolution de la note coût en fonction de la forme de la courbe *N* = f (C)

Source : d'après *Organiser les achats par l'analyse fonctionnelle*, Jean-Arthur Pinçon

■ ***Méthode inversement proportionnelle (par rapport aux prix proposés par les candidats) :***

Le prix le plus bas proposé emporte la note maximale, les autres prix s'échelonnent en proportion. La note sur 10 s'obtiendra en calculant le rapport suivant :

$$\text{Note} = \frac{(\text{offre moins-disante})}{(\text{offre proposée})} \times 10$$

Pour l'offre moins-disante ayant proposé le prix le plus bas, on constate que le rapport est de 1, ce qui lui confère bien la note 10.

Exemple : relativement aux prix proposés

En reprenant les éléments de l'exemple précédent, on obtient pour :

$$A = \frac{170}{210} \times 10 = 8$$

On constatera, à la lecture de ce qui suit, la différence d'écart entre la méthode inversement proportionnelle qui vient d'être décrite et les méthodes linéaires. L'inconvénient de cette méthode, au demeurant simple et d'emploi facile, réside dans sa tendance à limiter les écarts.

Résultat de la consultation		
Candidat	**Prix**	**Note/10**
A	170	10
B	200	8.5
C	210	8

■ *Les méthodes linéaires*

Ainsi qu'on a pu l'étudier pour les délais, toute la question est dans la détermination des bornes de l'échelle d'évaluation :

- par rapport à une estimation préalable, à des contraintes budgétaires ou réglementaires ;
- par rapport aux offres reçues ;
- combinant estimation préalable et offres reçues.

□ *Par rapport à une estimation préalable : le prix objectif*

L'acheteur détermine un prix objectif, qui correspond selon lui à un prix acceptable, compte tenu du marché économique et de ses exigences spécifiques. Il choisit une amplitude réaliste, par exemple + ou – x % par rapport à ce prix médian[19]. La borne haute correspond au montant ne pouvant être dépassé, la borne basse pouvant être un déclencheur de mise en œuvre de procédure relative aux offres anormalement basses (voir *infra*).

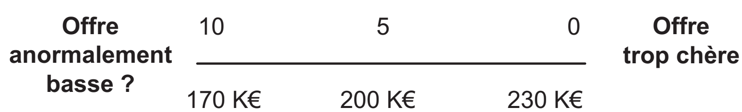
On appliquera une formule du type :

$$\text{Note} = 10 \times \frac{[\text{écart (prix maxi} - \text{offre proposée)}]}{[\text{écart (prix maxi} - \text{prix mini)}]}$$

Exemple de notation du prix

Prix objectif = 200 000 € HT (note 5/10), amplitude 15 % soit 30 K€.

Donc fourchette 170 K€ (note 10) – 230 K€ (note 0).



19. Le % est à déterminer par l'acheteur en fonction de son appréciation de la réalité économique de l'achat.

Si C a remis une offre de 210 K€ HT, sa note sera de :

$$C = \frac{230 - 210}{230 - 170} \times 10 = 3{,}3$$

Dans lesquels

- 210 K€ : prix de l'offre ;
- 230 K€ : prix le plus haut acceptable ;
- 170 K€ : prix le plus bas vérifié ;
- 10 : note maximale.

Résultat de la consultation		
Candidat	**Prix**	**Note/10**
A	170	10
B	200	5
C	210	3,3
D	190	6,6

☐ *Prime au moins-disant*

On considère l'écart entre le prix le plus bas, qui obtient la note maximale et le prix le plus haut qui obtient la note 0, selon la formule suivante :

$$\text{Note} = 10 \times \frac{[\text{écart (prix maxi} - \text{offre proposée)}]}{[\text{écart offre (maxi} - \text{offre moins} - \text{disante)}]}$$

Exemple : la prime au moins-disant

En reprenant toujours les éléments des exemples précédents, on obtient :

$$B = \frac{210 - 200}{210 - 170} \times 10 = 2{,}5$$

Résultat de la consultation		
Candidat	**Prix**	**Note/10**
A	170	10
B	200	2,5
C	210	0
D	190	5

Cette méthode appelle les remarques suivantes :

- elle provoque un écart très important entre les offres, ce qui permet de les départager facilement avec des amplitudes de points très élevées ;
- toutefois cet écart est artificiel : il n'est fonction que des offres remises, la moins chère raflant la mise quelle que soit la différence de prix avec la plus chère. On pourrait imaginer que pour quelques milliers (centaines ?) d'euros sur un gros marché, la prime au moins-disant ne reflète pas les réalités économiques et techniques et offre à celui-ci une grande probabilité de remporter le marché, quels que soient les résultats sur les autres critères ;
- on pourrait considérer que ce type de méthode s'assimilerait dans certains cas à une adjudication déguisée, le retard sur le critère prix n'étant, dans ces conditions, pas rattrapable pour le candidat dont le prix est le plus élevé, même si l'écart porte sur un faible pourcentage par rapport au montant du marché.

Le recours à cette dernière méthode doit être évité ou utilisé avec discernement. Attention, il n'est plus possible de s'apercevoir, au moment de l'analyse des offres, que les choix sont inadaptés !

Exemple d'effet pervers de la méthode de prime au moins-disant

Les offres de prix d'un marché de travaux sont les suivantes :

- A = 5 M€
- B = 5,02 M€
- C = 4,99 M€

$$\text{Note} = 10 \times \frac{[\text{écart (offre maxi – offre proposée)}]}{[\text{écart (offre plus disante – offre moins – disante)}]}$$

Résultat de la consultation		
Candidat	**Prix**	**Note/10**
A	5 M€	6,6
B	5,02 M€	0
C	4,99 M€	10

Pour 30 K€ d'écart entre C, le moins-disant et B, le plus cher, on a 10 points d'écart, ce qui semble difficile à rattraper, pour en fait une différence de prix de moins de 1 %, en d'autres termes 1 % de montant vaut

10 points sur 10, soit l'ensemble du poids du critère prix dans la pondération générale des critères. Les candidats se trouvant dans la frange médiane ne sont pas particulièrement pénalisés.

Afin de rectifier cet effet pervers, il existe une possibilité de se baser sur l'offre moins-disante, étant entendu que l'acheteur manque d'informations pour fixer la borne du prix le plus haut acceptable.

On peut alors considérer que les offres s'échelonnent sur un écart entre le moins-disant et le [moins-disant + 50 %], ce qui les répartit sur une droite d'une pente de 45°, ce qui paraît raisonnable.

Dans ce cas, en reprenant l'exemple initial, la note maxi correspond au moins-disant (170 K€ dans notre exemple initial), la note 0 correspond à un prix de 170 + 85 = 255 K€ et plus.

La formule de calcul sera :

$$\text{Note} = 10 \times \frac{[(255 - \text{offre proposée})]}{(255 - 170)}$$

Résultat de la consultation		
Candidat	**Prix**	**Note/10**
A	170	10
B	200	6,4
C	210	5,3
D	190	7,6

Par rapport au premier exemple de calcul linéaire, le classement n'a pas changé mais les écarts sont modifiés et reflètent davantage la réalité : ils donnent moins la prééminence (artificielle) au prix et sont plus facilement rattrapables par de bonnes performances dans d'autres critères. On diminue ainsi l'effet pervers d'un mode de calcul de la note prix qui, en creusant artificiellement les écarts, modifie le poids réel de la pondération du prix dans l'ensemble des critères.

☐ *Par rapport à la moyenne des candidats*

On peut recourir à cette méthode qui reprend divers aspects des précédentes : on détermine la cotation par rapport au prix moyen proposé par les candidats, l'amplitude des notes étant obtenue par

une fourchette en plus et en moins, ce qui revient à la méthode du prix objectif.

L'acheteur peut recourir à ce procédé, s'il n'est pas en mesure, pour des raisons diverses, de déterminer le prix objectif.

Cette méthode est intéressante mais trouve sa limite si le nombre d'offres reçues est faible (deux ou trois offres).

Exemple : relativement à la moyenne des prix proposés

- A = 170 K€
- B = 200 K€
- C = 210 K€
- D = 190 K€

La moyenne s'élève à :

$$\frac{170 + 200 + 210 + 190}{4} = 192{,}25 \text{ correspond à la note 5/10.}$$

L'acheteur décide (en fonction de sa connaissance du marché économique, de ses capacités budgétaires) que la fourchette peut être, par exemple, de plus ou moins 10 % par rapport à la moyenne des offres, soit :

- un maximum de 212 ;
- un minimum de 173.

La note sera donc :

$$\text{Note} = 10 \times \frac{[\text{écart (prix maxi – offre proposée)}]}{[\text{écart (prix maxi – prix mini)}]}$$

Soit pour A = $\frac{(212 - 170)}{(212 - 173)} \times 10 = 10{,}1$

Il convient de se poser les questions suivantes : quand déclenche-t-on la procédure d'offre anormalement basse ? Le prix proposé est-il crédible ? La fourchette arrêtée est-elle pertinente ?

Résultat de la consultation		
Candidat	**Prix (K€)**	**Note/10**
A	170	10,7 soit 10
B	200	3,12
C	210	0,5
D	190	5,6

Si l'on avait choisi un écart de 15 % comme dans le premier exemple, on aurait obtenu :

– un maximum de 221 ;
– un minimum de 163.

Résultat de la consultation		
Candidat	**Prix (K€)**	**Note/10**
A	170	8,8
B	200	3,6
C	210	1,9
D	190	5,3

Le but de cet exemple simple, outre la présentation de différentes techniques, est de montrer au lecteur l'incidence déterminante de choix qui peuvent paraître très « techniques », mais dont les conséquences sont loin d'être anodines. Cette situation milite pour une présentation des modes de calcul choisis à la commission d'appel d'offres, voire même leur publication dans le règlement de consultation. En effet, un acheteur averti et peu scrupuleux pourrait théoriquement, en utilisant un tableur, facilement bâtir des scénarios après ouverture des offres lors de l'analyse, dans le but de faire ressortir en première place l'entreprise qu'il souhaite voir en tête.

A contrario, un mode de notation maladroit et peu adapté pourrait porter en première place une offre qui ne serait pourtant pas la meilleure.

Enfin, le principe de transparence voudrait que les candidats sachent comment sera évaluée leur offre.

On peut du reste interpréter la nouvelle rédaction de l'article 53 comme une obligation de donner, sinon la formule de notation, au moins les écarts correspondant à la note maximale et la note minimale : « Cette pondération peut être exprimée en prévoyant une fourchette dont l'écart maximal doit être approprié » (article 53 du nouveau Code).

☐ *La combinaison de la référence au moins-disant et de la fixation d'un montant maximum*

On pourra par exemple donner la note maximale au moins-disant (sous réserve le cas échéant de vérification d'offre anormalement basse), le prix maximum correspondant, par exemple, à la limite budgétaire que l'on ne saurait dépasser, ou bien à un seuil de procédure.

Exemple de fixation des bornes

Un marché est passé sous forme adaptée car l'acheteur souhaite profiter des possibilités de négociation. Il est donc plafonné à 230 K€ HT (cas d'une collectivité). Par mesure de prudence, il va réduire ce seuil de 10 %, en cas d'avenants qui surviendraient en cours de marché, ce qui porte le prix maxi acceptable à 207 K€, arrondi à 210 K€ pour simplifier.

La note maximum est attribuée au moins-disant (sous-réserve que ce prix ne corresponde pas à une offre anormalement basse).

Le calcul de la note sur 10 sera :

$$\text{Note} = 10 \times \frac{[(210 - \text{offre proposée})]}{[(210 - 170)]}$$

soit :

	Prix (K€)	Note/10
A	170	10
B	200	2,5
C	210	0,5
D	190	5

De ces différentes méthodes possibles pour déterminer la note prix, la méthode linéaire semble la plus juste, à condition de déterminer les deux bornes de façon fine et réaliste.

La méthode inversement proportionnelle ne donne pas assez d'écart, le risque étant d'avoir au final, sur l'ensemble des critères, des notes assez proches.

La prime au moins-disant donne au prix une importance cachée pouvant être considérée comme anormale, car susceptible de générer des distorsions disproportionnées.

La dernière peut être une approche médiane, dans la mesure où il est difficile de prévoir un prix objectif. Les différences de résultat

sautent aux yeux, si l'on reprend l'exemple simple utilisé pour illustrer ces différentes méthodes (*cf.* tableau 6.7).

Tableau 6.7 Comparaison des effets d'application de diverses méthodes de cotation du prix

Candidat	Prix en K€	Note sur 10 par rapport à un prix objectif (méthode linéaire)	Note sur 10, par rapport aux prix proposés par les candidats		
		Prix objectif 200, H = 230, Bas = 170	Le prix le plus bas proposé emporte la note maximale (méthode inversement proportionnelle).	Le prix le plus bas obtient la note maximale, le plus élevé la note 0 (méthode linéaire). H = 210 = 0 Bas = 170 = 10	Par rapport à la moyenne des candidats (méthode linéaire). H = moyenne + 15 % = 222 Bas = moyenne – 15 % = 164
		$N = \frac{H - offre}{H - bas} \times 10$	$N = \frac{Bas}{Offre} \times 10$	$N = \frac{H - offre}{H - bas} \times 10$	$N = \frac{H - offre}{H - bas} \times 10$ *
A	170	10	10	10	9.6
B	200	5	8,5	2,5	4
C	210	3,33	8	0	2,2
D	190	6,6	8,9	5	6

(*) H et Bas = moyenne + ou – x %, à déterminer par l'acheteur.
ou encore Bas = le moins-disant et H correspond à note 0 pour Bas + 50 %.

Dans lequel :

- N = note à déterminer ;
- Offre : montant de l'offre dont on calcule la note ;
- H = offre la plus élevée ou maximale acceptable ;
- Bas = offre la moins élevée ou minimale vérifiée.

On constate sur ce dernier tableau que le classement sur le critère prix reste identique dans l'exemple décrit, en revanche les écarts varient sensiblement selon le mode de calcul choisi. La combinaison de ces résultats avec ceux d'autres critères peut donner un classement général variable, selon le mode de calcul arrêté.

Le tableau 6.8 reprend l'essentiel des méthodes de notation qui viennent d'être décrites pour la qualité, le tableau 6.9 pour le prix.

Tableau 6.8 Différentes méthodes de notation des critères

(Note sur 10)	Critères chiffrés	Critères non chiffrés	Observations
La cotation par rapport à une note d'objectif	Note d'objectif = $\frac{5}{10}$		Rapport pertinent si la qualité est inversement proportionnelle au résultat chiffré (exemple : délai). Sinon, inverser le rapport. Possibilité de fixer une borne supérieure, une borne inférieure, de prévoir un écrêtement pour surqualité.
La cotation relative en fonction des propositions reçues	Note = $\frac{\text{meilleure offre}}{\text{offre proposée}} \times 10$		Rapport pertinent si la qualité est inversement proportionnelle au résultat chiffré (exemple : délai). Sinon, inverser le rapport. Possibilité de fixer une borne supérieure, une borne inférieure, de prévoir un écrêtement pour surqualité
L'évaluation sur appréciation		Grille de cotation établie au préalable, avec correspondance entre la nature et le niveau de prestations proposées et une note.	Peut être assez détaillée, très utilisée en prestations intellectuelles.
L'évaluation sur échelle		Ligne de 10 cm, l'évaluateur place le curseur à l'emplacement qui correspond, selon son analyse, à la valeur de la proposition. On mesure ensuite la distance et l'on obtient la note/10.	Permet de transformer des éléments subjectifs en appréciation chiffrée.

Tableau 6.9 Récapitulatif de méthodes de notation du prix

Principe	Calcul de la note/10	Observations
Cotation inversement proportionnelle, en fonction de l'offre la moins-disante	$\text{Note} = \text{notemax} \times \dfrac{\text{moins} - \text{disant}}{\text{offre proposée}}$	Plus le prix de l'offre augmente, plus la note diminue. **Avantages** : simple, ne nécessite pas de connaissances spécifiques. **Inconvénients** : « écrase » les résultats, ce qui est préjudiciable si les offres sont proches. Limite les effets du critère prix.
Cotation linéaire	Le prix le plus bas obtient la note maximale, le plus élevé la note 0. $\text{Note} = \text{notemax} \times \dfrac{\text{écart (plus disant} - \text{offre proposée)}}{[\text{écart (plus disant} - \text{moins disant)}]}$	Creuse l'écart entre les offres. **Avantages :** Permet de bien échelonner les offres **Inconvénients** : Survalorise le moins-disant, pénalise de façon rédhibitoire le plus cher, sans tenir compte du niveau des différences de prix. À ÉVITER
	Le prix le plus bas obtient la note maximale, ce prix majoré d'un % permet de déterminer le seuil au-delà duquel toute offre obtiendra 0. $\text{Note} = \text{notemax} \times \dfrac{\text{écart } [(\text{moins disant} + x\ \%) - \text{offre proposée}]}{\text{écart } [(\text{moins disant} + x\ \%)/\text{moins disant}]}$	**Avantages :** départage correctement, tient compte des offres reçues. Ne nécessite pas de connaissance poussée du secteur d'achat (évaluation du prix). **Inconvénient :** difficulté à déterminer la pente de la droite : Moins-disant + x %

Tableau 6.9 Récapitulatif de méthodes de notation du prix

Principe	Calcul de la note/10	Observations
	Par rapport à la moyenne des candidats, les bornes hautes et basses sont déterminées par l'acheteur. $$\text{Note} = \text{notemax} \times \frac{\text{écart } [(\text{moyenne} + x\ \%) - \text{offre proposée}]}{\text{écart } [(\text{moyenne} + x\ \%) - (\text{moyenne} - x\ \%)]}$$	**Avantages** : tient compte à la fois des offres reçues et de la réalité économique (ou du pouvoir d'achat de l'acheteur). **Inconvénients** : nécessité de fixer la fourchette en plus ou en moins par rapport à la moyenne, certaines offres peuvent se trouver au-delà, d'où resserrement possible des résultats.
	Par rapport au prix le plus haut acceptable, le prix le plus bas vérifié. $$\text{Note} = \text{notemax} \times \frac{\text{écart } [(\text{prix max} - \text{offre proposée})]}{\text{écart } [(\text{prix max} - \text{prix min vérifié})]}$$	**Avantages :** tient compte de la réalité budgétaire et/ou économique et/ou réglementaire. **Inconvénients :** connaissance du secteur économique pour déterminer le prix le plus bas acceptable : on peut aussi prendre en référence le prix de l'offre la moins-disante pour la note la plus haute.
	Par rapport à un prix objectif $$\text{Note} = \text{notemax} \times \frac{\text{écart } [(\text{prix objectif} + x\ \%) - \text{offre proposée}]}{\text{écart } [(\text{prix objectif} + x\ \%) - (\text{prix objectif} - x\ \%)]}$$	**Avantage :** le plus juste économiquement, tient compte du besoin et des capacités de l'acheteur. **Inconvénients** : nécessite une très bonne connaissance du secteur économique de l'achat, une erreur d'appréciation peut conduire à de sérieuses difficultés dans l'analyse du prix.

6.2.5 La traçabilité du système de notation

Les différents exemples présentés permettent au lecteur de constater que l'on peut avoir des résultats, et par là, des classements différents selon la méthode employée. En effet, si l'on prend le cas du prix, même si le classement sur le critère reste généralement le même, la note varie sensiblement : une fois pondérée, le classement général peut changer, donc l'attributaire. De là à accuser l'acheteur d'avoir adapté sa grille de notation aux offres reçues, il n'y a qu'un pas…

Donc, il semble souhaitable de publier, au moins dans le règlement de la consultation, le système choisi pour la notation. Il nous paraît équitable et conforme au principe de transparence que les entreprises candidates sachent comment leurs offres seront évaluées. Le nouveau Code prévoit la communication à ce niveau de détail pour les seules enchères électroniques, mais reste muet pour les autres procédures.

Article 53 du nouveau Code des marchés publics, critères de choix des offres

[…] « Lorsqu'il est prévu plusieurs critères, ceux-ci sont définis et pondérés dans l'avis de publicité ou dans le règlement de la consultation. Cette pondération **peut** être exprimée en prévoyant une fourchette dont l'écart maximal doit être approprié […]

Article 54, enchères électroniques

V. […] « L'invitation mentionne également la formule mathématique qui déterminera lors de l'enchère électronique les reclassements automatiques en fonction des nouveaux prix ou des nouvelles valeurs présentées. Cette formule intègre la pondération de tous les critères fixés dans l'avis de publicité ou dans le règlement de consultation pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. »

Ou bien il importe au moins de mettre en place, en interne, un système permettant d'attester, le cas échéant, l'antériorité des choix par rapport à l'ouverture des offres. Ce dispositif doit être à la fois léger et sûr, il ne doit pas induire délais et pesanteurs supplémentaires dans des procédures déjà lourdes.

Concernant les appels d'offres, on peut envisager, à la fin de la séance d'admission des candidatures de la Commission d'appel d'offres, une présentation du système de notation par le service technique instructeur du dossier. Cette présentation est actée sur le PV de la CAO.

En ce qui concerne les procédures négociées et les procédures adaptées ou allégées, il serait souhaitable que la ou les personnes en charge du dossier puissent faire formellement valider avec une date certaine, le mode de notation : par la Commission d'appel d'offres (procédures négociées), ou par une autorité responsable, voire le dépôt d'une enveloppe cachetée, la date de dépôt étant attestée (procédures adaptées). Il en va de la sécurité juridique des agents en charge de l'analyse technique des offres.

Publicité de la grille d'évaluation : une obligation ?

Dans un commentaire[20] de l'arrêt du Conseil d'État du 1er juin 2005, département de la Loire, req. n° 274053, Mathieu Heintz transpose la position du Conseil d'État sur l'absence d'obligation de publier le montant prévisionnel du marché, à la grille d'évaluation. « Cette solution est, à notre avis, transposable à toute grille d'évaluation, quel que soit le critère […] auquel elle serait appliquée. En effet la grille d'évaluation a exactement la même fonction que l'estimation du marché, puisqu'elle permet de comparer les offres entre elles et de les noter. Ainsi, à propos de la non-communication du mode de notation des critères aux entreprises candidates à un marché, le Tribunal administratif de Grenoble a jugé[21] que le règlement de la consultation qui informe les candidats des critères de sélection des offres et de leur pondération, mais ne dévoile pas la méthode de notation, satisfait aux exigences du dernier alinéa du II de l'article 53 du Code des marchés publics. »

20. « Quelques précisions utiles sur le contenu de l'appel public à la concurrence », Mathieu Heintz, *CP-ACCP* n° 47 p. 72.
21. TA Grenoble 25 mai 2004, société GTS c/département de l'Isère, ord. n° 0402599.

Dans une réponse à une question parlementaire, le ministre de l'Économie, des finances et de l'industrie semble prendre position en faveur d'une publicité (au niveau du règlement de consultation ?) de la technique de notation. « Dans le cadre de la liberté conférée aux acheteurs publics, le Code ne prévoit pas de modalités spécifiques en matière de pondération des critères mais, comme par le passé, chaque acheteur devra élaborer sa propre méthode en fonction de l'importance respective qu'il entend donner à chacun des critères ou des sous-critères définis par lui pour la sélection des offres. Il importe en conséquence de mesurer l'impact des modalités retenues sur le classement des offres lors de l'établissement de cette pondération. La méthode de notation peut être simple [...] La méthode peut être plus complexe pour tenir davantage compte, par exemple, des écarts réels entre les offres et chacun des critères. Dans tous les cas, la technique d'attribution de la note doit être connue avant l'analyse multicritères et doit être la même pour toutes les offres. [...] Dans un souci de bonne administration et afin d'éviter d'éventuelles contestations, il est recommandé d'assurer la plus grande transparence des méthodes de notation ».

Source : réponse écrite du ministre de l'Économie des finances et de l'industrie à la question B. Piras JO Sénat 19 janvier 2006, réponse JO Sénat 8 mars 2007

Il n'y a donc pas d'irrégularité à faire figurer le système de notation dans le règlement de consultation. Mais attention : il ne sera plus possible de le modifier après la remise des dossiers de consultation. Il est donc essentiel de procéder en amont à des tests « à blanc » sur une feuille de calcul, pour contrôler empiriquement les effets des formules et de vérifier l'absence d'erreur.

7

Le choix des offres

7.1 L'instruction des offres reçues et la préparation de la décision

L'analyse des offres se fait en plusieurs étapes. Le service acheteur dépouille les offres et fait le point de leur contenu, afin de s'assurer que les propositions sont conformes au cahier des charges. Ensuite, il procède à l'inventaire qualitatif de leur contenu et en fait une présentation rationnelle et synthétique, permettant d'établir les notes. Enfin, il collationne ces éléments sous forme de grille d'analyse multicritères pondérés. Cette grille, accompagnée d'un rapport d'analyse et des offres complètes, sera présentée à la Commission d'appel d'offres lorsque l'intervention de celle-ci est requise.

7.1.1 Le dépouillement des offres

L'ouverture des offres a été faite en Commission d'appel d'offres, dès lors que la procédure l'impose. Le service instructeur du dossier, qui est généralement le service technique responsable de l'achat, réalise l'analyse détaillée de l'offre. Celle-ci a d'abord pour but de s'assurer de la conformité de l'offre (*cf.* figure 7.1).

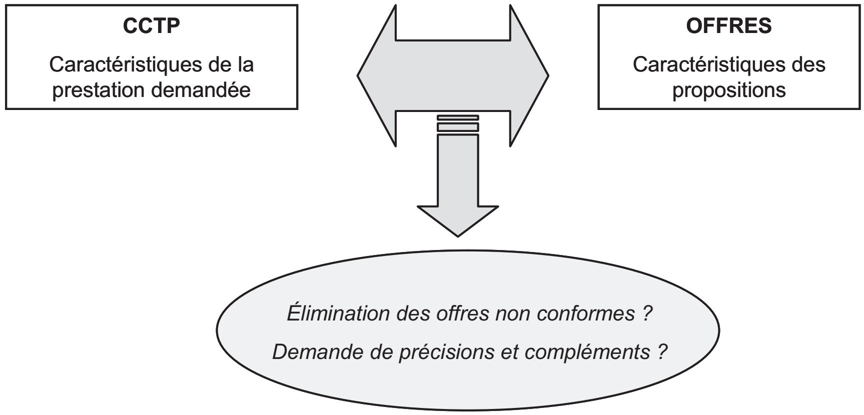


Figure 7.1 La conformité de l'offre

■ ***Les procédures d'appel d'offres***

Dans le cas d'une procédure d'appel d'offres, une proposition non conforme conduit à l'élimination. Toutefois, celle-ci ne pourra être prononcée que par la CAO (collectivités) ou après avis de celle-ci (État).

> **Article 59 du nouveau Code des marchés publics**
>
> « **I** – Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. Il est seulement possible de demander, par écrit, aux candidats de préciser ou de compléter le teneur de leur offre. »

Les modalités pratiques de demande écrite de précisions doivent être définies en interne, par la Commission d'appel d'offres. Sur un plan pratique, il est fréquent que celle-ci, au moment de l'ouverture des offres, autorise le service instructeur du dossier à demander aux candidats, si besoin, de préciser ou compléter leurs offres. Il sera rendu compte de ces éventuelles démarches lors de la réunion d'attribution. Les éventuels contacts sont toujours écrits.

■ ***Les procédures adaptées et les procédures négociées***

Dans ce cas, la question de la conformité exacte de l'offre est moins aiguë, dans la mesure où l'on peut (procédures adaptées) ou doit (procédures négociées) négocier. Les points à préciser, les omissions ou même les non-conformités pourront être traités à l'occasion des négociations.

7.1.2 L'analyse qualitative des offres

Le service instructeur analyse le détail des offres et transforme les éléments techniques ou d'appréciation en note. Pour cela, il met en œuvre les outils présentés dans le chapitre précédent et présente le résultat sous forme de grille d'analyse multicritères pondérés.

Exemple (voir annexe 2)
Un hôpital lance une consultation pour l'achat de doses de lidocaïne[1] injectable à 2 %.

Les produits sont demandés sous conditionnement unitaire (condition d'exécution).

Les critères de choix sont la valeur technique (40 %), correspondant à la durée de conservation et la facilité de stockage, le délai de livraison (20 %) et le prix (40 %).

Concernant le critère de valeur technique (40) :

– **Durée de conservation (10) :** compte tenu des flux gérés et des quantités prévisionnelles, on considère qu'une durée de conservation supérieure à 4 ans (48 mois) est une surqualité dont on ne veut pas tenir compte. Les notes seront, le cas échéant, plafonnées. Par ailleurs, le cahier des charges impose une durée minimum de 18 mois de conservation. Les offres seront donc évaluées sur une échelle allant de 18 mois (note minimum) à 48 mois et plus (note maximum) ;

  Calcul de la note/10 :

$$\mathbf{N = 10\ x}\ \frac{(\text{écart considéré : } 18 - \text{offre})}{(\text{écart maxi : } 18 - 48)}$$

  Attention : l'opération est opposée à celle d'un délai de livraison, par exemple, car la note doit augmenter avec la durée proposée.

– **Facilités de stockage (30) :** l'intérêt de ce sous-critère repose sur les conditions de température dans lesquelles le produit peut être conservé, un produit stocké à température ambiante étant plus intéressant qu'un produit nécessitant un stockage réfrigéré ;

  Calcul de la note/10 :

  ❍ moins de 30° = 10 ;

1. Anesthésique local. Cet exemple est présenté en annexe du présent ouvrage et téléchargeable sous forme d'une feuille de calcul au format Excel, avec les formules permettant le calcul des notes pondérées et le classement automatique, ainsi que ces tableaux commentés, à l'adresse http://www.boutique-livres.afnor.org, rubrique « Espace lecteur » et en entrant le code 3380512.

- ❍ moins de 25° = 8 ;
- ❍ moins de 20° = 6 ;
- ❍ réfrigéré (2° à 8°) = 2.

Concernant le critère de délai (20)

– Le cahier des charges exige un délai de livraison de 12 jours maximum ; les offres seront évaluées sur une échelle allant de 12 jours (note minimum, délai > 12 jours = offre non conforme) à 1 jour (note maximum). Une livraison rapide peut en effet avoir une utilité dans certains cas d'urgence, les stocks étant délibérément réduits.

Calcul de la note/10 :

$$\mathbf{N = 10 \times} \frac{\text{(écart considéré : 12 – offre)}}{\text{(écart maxi : 12 – 1)}}$$

Concernant le critère prix (40) :

– Le critère prix sera évalué sur la base d'une estimation moyenne (prix objectif), la note moyenne de 5/10 correspond à 0,55 € HT de prix unitaire, une amplitude de 15 % en plus et en moins correspond aux bornes, soit 0,10 pour 0,55 x 1,15 = 0,63 et 10/10 pour 0,55 x 0,85 = 0,47 €.

Calcul de la note/10 :

$$N = 10 \times \frac{\text{(écart prix max – offre)}}{\text{(écart prix max – prix min)}}$$

Soit :

$$N = 10 \times \frac{(0{,}63 - \text{offre})}{(0{,}63 - 0{,}47)}$$

<table>
<tr><th>Critère</th><th>Pondération</th><th>Mode de calcul de la note</th></tr>
<tr><td>Valeur technique
Durée de conservation

Facilité de stockage</td><td>40 %
(10)

(30)</td><td>Note/10 = 10 x $\frac{\text{(écart considéré : 18 – offre)}}{\text{(écart maxi : 18 – 48)}}$
<table><tr><th>Moins de 30°</th><th>Moins de 25°</th><th>Moins de 20°</th><th>Réfrigéré (2 à 8°)</th></tr><tr><td>10</td><td>8</td><td>6</td><td>2</td></tr></table></td></tr>
<tr><td>Délai de livraison (jours)</td><td>20 %</td><td>Note/10 = 10 x $\frac{\text{(écart considéré : 12 – offre)}}{\text{(écart maxi : 12 – 1)}}$</td></tr>
<tr><td>Prix unitaire</td><td>40 %</td><td>Note/10 = $\frac{\text{(écart considéré : 0,63 – offre)}}{\text{(écart maxi : 0,63 – 0,47)}}$</td></tr>
</table>

Offres proposées :

	A		B		C		D		E		F	
	Offre	**Note**	**Offre**	**Note**	**Offre**	**Note**	**Offre**	**Note**	**Offre**	**Note**	**Offre**	**Note**
VT durée stock	36 2° à 8°	6 2	48 < 25°	10 8	24 2° à 8°	2 2	48 2° à 8°	10 2	24 < 30°	2 10	60 2° à 8°	10 2
Délai	2	9	2	9	2	9	2	9	3	8	1	10
Prix	0,52	7	0,57	4	0,51	8	0,52	7	0,58	3	0,55	5

(On a pris le parti d'arrondir l'ensemble des notes sur 10, pour plus de visibilité).

Les résultats de l'analyse

Critère	A		B		C		D		E		F	
	/10	*Pond*	/10	*Pond*	/10	*Pond*	/10	*Pond*	/10	*Pond*	/10	*Pond*
VT **40** Conserv. 1 Stockage 3	6 2	*6* *6*	10 8	*10* *24*	2 2	*2* *6*	10 2	*10* *6*	2 10	*2* *30*	10 2	*10* *6*
Délai **20**	9	*18*	9	*18*	9	*18*	9	*18*	8	*16*	10	*20*
Prix **40**	7	*28*	4	*16*	8	*32*	7	*28*	3	*13*	5	*20*
TOTAL		***58***		***68***		***58***		***62***		***61***		***56***

Si l'on est en procédure adaptée, il sera possible de négocier : toutefois, dans la mesure où il s'agit de produits industriels achetés « sur étagères », les aspects du critère « valeur technique » ne sont pas négociables. La négociation portera alors sur les seuls aspects délai et prix.

Proposition de classement

- B (68)
- D (62)
- E (61)
- A et C (58)
- F (56)

On constate que celui qui arrive en tête présente l'avantage considéré comme très important par l'acheteur, de conservation à température ambiante, bien que n'étant pas le moins-disant. Cet avantage diminue en revanche les coûts induits (capacité de stockage réfrigéré inutile pour ce produit). Il n'est donc pas certain que, budgétairement parlant, ce surcoût apparent à l'achat en soit un réellement si l'on considère cet achat dans la globalité de son environnement.

Il est fortement recommandé de tester la grille d'analyse sur tableur, avant sa mise en œuvre. En effet, des erreurs peuvent se glisser lors de la conception, qui auront pour effet de fausser les résultats, ce qui serait très dommageable. Un service a dû déclarer une procédure sans suite, s'étant aperçu, après avoir demandé à l'attributaire potentiel d'adresser ses certificats de régularité fiscale et sociale, qu'un lien « oublié » dans les tableaux avait eu pour effet la non-prise en compte d'un des critères pondérés ! Sa rectification donnant *a posteriori* un classement différent, la personne responsable du marché a préféré déclarer sans suite et relancer la procédure.

■ *Les procédures d'appel d'offres*

La grille d'analyse sera accompagnée d'un court rapport explicatif à l'attention de la CAO, faisant apparaître le classement après application de la pondération. Ce rapport, support de l'exposé de l'agent du service technique participant à la CAO, sera annexé au procès-verbal de celle-ci, ainsi que la grille d'analyse. Il peut s'articuler comme suit :

- nombre d'offres reçues, candidats concernés ;
- offres apparemment non conformes, dont l'élimination est soumise à décision ou avis de la Commission ;
- points particuliers : variantes, offres anormalement basses (voir *infra*), demandes de précisions adressées, réponses reçues ;
- rappel du système de notation, difficultés éventuelles rencontrées dans la notation ;
- résultats et proposition de classement.

■ *Les procédures adaptées ou négociées*

La grille d'analyse initiale permet un premier classement et, si la procédure l'a prévu initialement, d'éliminer des candidats pour négocier ensuite avec les trois candidats les mieux placés.

En fonction des avancées lors des négociations, les nouvelles propositions seront intégrées dans la grille, permettant de faire évoluer le classement, selon le cheminement indiqué par la figure 7.2.

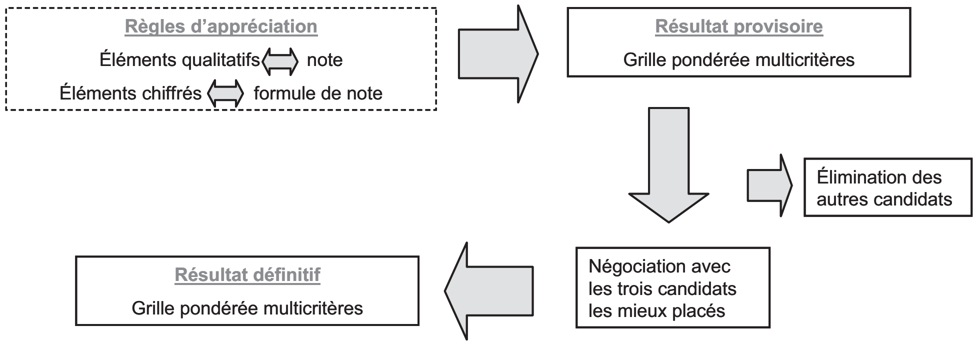


Figure 7.2 Utilité de la grille multicritères pondérée en procédure adaptée

Exemple : marché d'études passé sous la forme adaptée

Un Conseil régional a lancé une consultation pour une mission d'évaluation d'un programme FEDER actions innovatrices[2]. L'évaluation financière est de l'ordre de 75 000 € HT.

Les offres sont classées selon les critères :

Critère	Pondération
Critère 1 : Compétence, expérience des personnes responsables pour l'étude à réaliser	40 %
– Organisation mise en place pour l'exécution du marché	
– Connaissance des problématiques territoriales et évaluation des politiques publiques	
– Connaissance et expérience dans la conduite de projets NTIC sur les territoires	
Critère 2 : Pertinence de la proposition (note méthodologique)	30 %
– Compréhension de la problématique et des enjeux	
– Qualité méthodologique de la démarche	
Critère 3 : Prix (décomposition du prix forfaitaire)	30 %

Dix cabinets ont répondu à la consultation.

2. Fonds européen de développement régional.

La première analyse donne pour résultat la grille suivante :

	A	B	C	D	E	F	G	H	I	J
Critère 1 Note pondérée sur 40	10	23	27	23	20	26	17	23	33	27
Critère 2 Note pondérée sur 30	4	8	8	15	11	15	15	26	24	22
Prix Note pondérée sur 30	30	27	29	24	28	28	29	27	20	27
TOTAL SUR 100	44	58	64	62	59	69	61	76	77	76

Le Conseil régional va rencontrer les cabinets H, I et J qui ont déposé les offres les plus intéressantes. La négociation va s'ouvrir avec chacun, en fonction des offres déposées et des objectifs recherchés par la collectivité. Une notification de regret sera envoyée aux autres candidats. Cette éventualité a été annoncée dès la publicité.

La grille avant négociation fait apparaître :

	H	I	J	Observations
Critère 1 Note pondérée sur 40	23	33	27	I est très intéressant sur les critères qualitatifs, en particulier sur les moyens mis en œuvre.
Critère 2 Note pondérée sur 30	26	24	22	H est le meilleur sur la méthodologie proposée.
Prix Note pondérée sur 30	27	20	27	H et J proposent un prix équivalent, en revanche I, qualitativement meilleur, est nettement plus cher.
TOTAL SUR 100	76	77	76	Les trois offres sont très proches et difficiles à départager.

À l'issue des négociations, les points améliorés par les candidats conduisent à de nouvelles notes et une nouvelle grille.

On constate que la négociation a permis à des prestataires de mieux comprendre le besoin et par là de préciser leur offre ; par ailleurs, des efforts sur les prix peuvent se traduire par une diminution des performances

dans d'autres domaines. La grille d'analyse permet d'avoir une vision objective du résultat des négociations et de l'évolution du classement. Cet exemple montre tout l'intérêt de la négociation dans les marchés adaptés.

	H	I	J	Observations
Critère 1 Note pondérée sur 40	23	30	27	I a diminué certains moyens, lui permettant d'améliorer son offre de prix.
Critère 2 Note pondérée sur 30	26	24	24	La discussion a permis à J de mieux saisir la problématique et d'ajuster sa proposition.
Prix Note pondérée sur 30	28	25	27	H a fait un effort sur le prix.
TOTAL SUR 100	77	79	78	Le choix final se porte sur le Cabinet I.

■ *Les procédures négociées*

Les procédures négociées sont des procédures restreintes : on a donc préalablement sélectionné les candidats autorisés à négocier. Le premier classement n'aura pas pour but d'éliminer des candidats, mais de faire une première évaluation des propositions et de déterminer les points sur lesquels on pourra négocier.

La grille d'analyse permet de suivre en temps réel l'évolution des offres en fonction des négociations, et donc la meilleure offre, selon le schéma présenté en figure 7.3. Une date de fin des négociations est annoncée à l'ensemble des candidats.

Il est possible d'éliminer des candidats au fur et à mesure du déroulement des négociations.

Article 66-V du nouveau Code des marchés publics

« […] La procédure négociée peut se dérouler en phases successives à l'issue de chacune desquelles certains candidats sont éliminés, par application des critères de sélection des offres établis conformément à l'article 53 indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. Le recours à cette faculté est prévu dans l'avis d'appel à concurrence ou dans les documents de la consultation. »

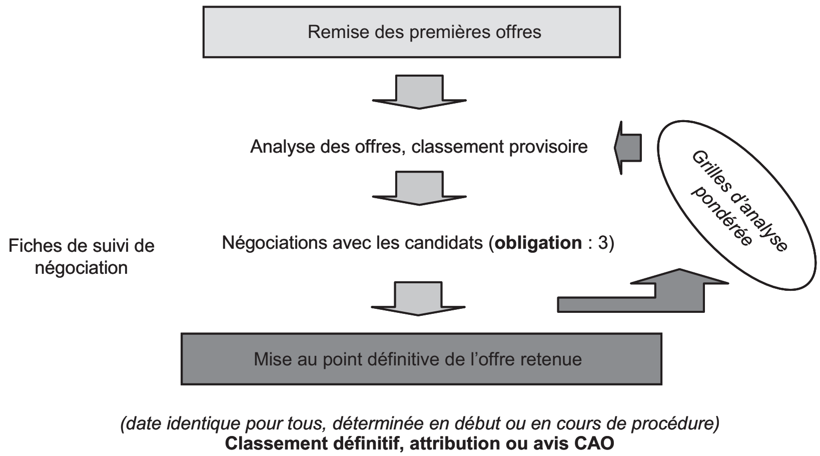


Figure 7.3 Déroulement de la négociation, possibilité 1

Dans le cas de projets plus complexes, on pourra demander de remettre *in fine* une nouvelle offre complète, finalisée en fonction des résultats des négociations. Cette offre sera analysée sur la base de la même grille multicritères pondérée, la meilleure offre emportant le marché. La négociation est terminée lorsque l'offre définitive est remise, la date étant la même pour tous, chacun ayant pu bénéficier d'un délai suffisant pour finaliser l'offre définitive. La figure 7.4 présente le déroulement de ce dispositif.

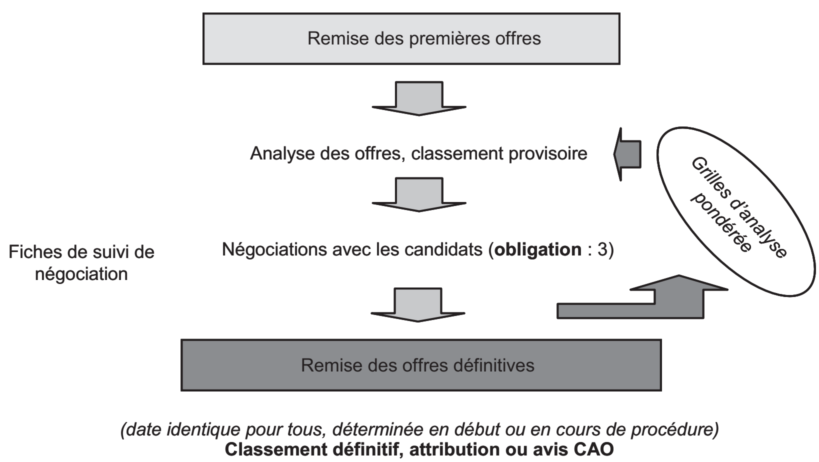


Figure 7.4 Déroulement de la négociation, possibilité 2

7.2 Les cas particuliers

7.2.1 Les variantes

Les variantes sont des offres alternatives présentées à l'initiative des candidats, pouvant apporter une réponse technique différente de celle imposée par le cahier des charges (voir *supra*, 3.1.5). Cette possibilité, lorsqu'elle est offerte aux entreprises, doit permettre à l'acheteur de profiter notamment d'innovations ou de procédés qu'il n'avait initialement pas envisagés, pour un résultat qualitativement supérieur ou d'un coût complet plus faible.

Les allers-retours de la réglementation, au cours des réformes successives, appliquent le principe du balancier. La réforme 2006 n'a pas failli à la règle, préconisant des dispositions rigoureusement inverses de celles prévues par le Code précédent : maintenant, les variantes sont interdites, sauf si elles sont expressément autorisées… Cette volte-face s'explique par l'obligation de transposition de la directive 2004-18/UE du 31 mars 2004, la conformité est à ce prix.

■ ***Particularité des variantes***

Elles sont certes laissées à l'initiative des entreprises, mais cette possibilité est fortement encadrée par la réglementation. Pour être applicable, encore faut-il que l'entreprise ait une vision claire des buts recherchés par l'acheteur dans l'objet de son marché, en particulier sur le plan fonctionnel.

> **La jurisprudence a, par le passé, encadré les possibilités de variantes : dans un arrêt de 1999[3], le Conseil d'État a jugé qu'une variante consiste en des « modifications techniques des prestations prévues dans le règlement du marché », tout en limitant celles-ci. S'agissant en l'espèce de la conception d'un navire de recherche océanographique, le CCTP prévoyant un navire monocoque, le Conseil d'État a considéré qu'une variante proposant un multicoque n'était pas recevable.**

3. Conseil d'État, 28/07/1999, n° 186219, Institut français de recherche scientifique pour le développement de la coopération – ORSTOM.

> **Selon la CMPE (rapport d'activité 2005, déjà cité, II.B.3), « il s'agit de modifications de certaines spécifications décrites dans le cahier des charges, susceptibles de conduire à des propositions financières plus intéressantes ou à des propositions techniques plus performantes. Le règlement de consultation doit toutefois indiquer celles des spécifications du cahier des charges qui sont intangibles et spécifier pour chacune des variantes les exigences minimales à respecter. Un nombre trop élevé de prestations susceptibles de faire l'objet de variantes peut rendre difficile le jugement des offres. »**

Les variantes doivent être traitées à part : cela signifie concrètement que, dans une procédure d'appel d'offres, l'acheteur prépare une grille d'analyse pour les offres de base. Il en prépare une deuxième pour les variantes, puis une troisième sur laquelle ne figureront que la meilleure offre de base avec la meilleure variante.

Ce travail préparatoire est ensuite soumis à l'examen de la CAO.

> **Attention : la présentation d'une variante seule entraîne le rejet de l'offre pour non-conformité. Bien plus, une variante présentée avec l'offre de base, alors que les variantes ne sont pas autorisées, entraîne le rejet de l'offre tout entière : « sous réserve d'une évolution de (la jurisprudence[4]), il y a donc lieu de considérer que lorsque l'avis d'appel à la concurrence interdit expressément les variantes, une offre comportant une variante doit être jugée comme non conforme dans son ensemble. »**

Source : question écrite M. Jean-Claude Carle n° 17375 du 28 avril 2005,
réponse JO Sénat du 7 juillet 2005

Dans le cas des procédures adaptées et des procédures négociées, la notion de variante peut être abordée avec davantage de souplesse, dans la mesure où il est possible de négocier : la variante est, par définition, l'un des éléments mêmes de la négociation. La variante telle que prévue à l'article 50 s'entend pour les appels d'offres.

4. CAA Marseille, 16 septembre 2003, commune de Montpellier, n° 99MA00657.

7.2.2 Les offres anormalement basses

Un prix très bas peut réjouir l'acheteur, au premier abord satisfait d'une si bonne surprise. Cette bonne surprise pourrait toutefois en cacher de mauvaises ultérieurement, si certaines précautions ne sont pas prises. En effet, une offre anormalement basse peut avoir des justifications réalistes, elle peut aussi cacher :

- l'oubli de l'évaluation d'une partie de la prestation, conduisant à des difficultés dans l'exécution : le prestataire ne peut travailler à perte, il est par ailleurs lié par son offre et un avenant sur le prix dans ce cas et pour ce motif serait irrégulier ;
- une sous-estimation délibérée correspondant à un prix prédateur, en contradiction avec les principes concurrentiels ;
- un indice d'entente entre des entreprises…

La prise en considération d'une offre anormalement basse sans les précautions prescrites par la réglementation, est de nature à exposer ultérieurement l'acheteur à des risques de contentieux.

Article 55 du nouveau Code des marchés publics

« Si une offre paraît anormalement basse, le pouvoir adjudicateur peut la rejeter par décision motivée après avoir demandé par écrit les précisions qu'il juge utiles et vérifié les justifications fournies. Pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, et à l'exception des établissements publics de santé et les établissements publics sociaux ou médico-sociaux, la commission d'appel d'offres rejette par décision motivée les offres dont le caractère anormalement bas est établi.

Peuvent être prises en considération des justifications tenant notamment aux aspects suivants :

1° les modes de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, les procédés de construction ;

2° les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le candidat pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou pour réaliser les prestations de services ;

3° l'originalité de l'offre ;

4° les dispositions relatives aux conditions de travail en vigueur là où la prestation est réalisée ;

5° l'obtention éventuelle d'une aide d'État par le candidat.

Une offre anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'État ne peut être rejetée que si le candidat n'est pas en mesure d'apporter la preuve que cette aide a été légalement apportée. Le pouvoir adjudicateur qui rejette une offre pour ce motif en informe la Commission européenne. »

La liste des raisons pouvant justifier une offre anormalement basse est ouverte, ce qui signifie qu'elle n'est pas limitative. On notera les deux derniers points, nouveautés introduites par la dernière réforme en date. Le point relatif aux conditions de travail sur les lieux d'exécution peut être rapproché des développements du chapitre 4 de la première partie, relatifs aux critères sociaux.

Attention, il n'est pas possible de rejeter une offre anormalement basse sans avoir au préalable demandé une justification par écrit. Dans un arrêt de 2002[5], la Cour administrative de Douai a sanctionné une collectivité : la CAO avait rejeté l'offre d'une entreprise candidate à un marché de travaux de nettoyage et d'évacuation d'ordures ménagères. Le motif invoqué était la non-conformité à l'objet du marché, ainsi qu'un montant qui permettait de constater qu'il ne donnerait pas la possibilité de réaliser les prestations prescrites dans le CCTP, aussi bien en quantité qu'en qualité. Ce faisant, la commission avait écarté cette offre parce qu'elle estimait que le prix proposé était anormalement bas. Elle aurait dû alors faire l'application des dispositions du Code des marchés publics en demandant à l'entreprise candidate des précisions quant à la composition de son offre et en vérifiant cette composition, en tenant compte des justifications fournies. Faute d'avoir respecté cette exigence, l'attribution du marché était intervenue à la suite d'une procédure irrégulière.

La détection des offres anormalement basses nécessite de la part de l'acheteur une bonne connaissance de la prestation achetée et du secteur économique concerné. Ce n'est pas si facile. C'est pourquoi il est indispensable, lors de l'analyse du besoin, d'établir de façon rigoureuse un cadre de décomposition du prix forfaitaire ou bien de sous-détail de prix unitaire (voir *supra*, chapitre I.3).

De même, l'acheteur doit connaître le secteur économique sur lequel il achète, afin de savoir si les prix proposés correspondent à la fourchette des prix habituellement pratiqués, ou si au contraire ils sont sous-évalués (surévalués ?). Cela revient à argumenter vers la tendance lourde de professionnalisation de

5. CAA Douai, 9 avril 2002, n° 98DA-02686, OPAC de l'Aisne.

la fonction achat dans le secteur public et de la reconnaissance de ses membres, sur le plan des qualifications comme sur celui de leur juste rémunération.

7.2.3 Les enchères électroniques

Le nouveau Code précise les modalités de mise en œuvre des enchères électroniques. Les tableaux multicritères pondérés, étudiés précédemment, sont les outils indispensables de cette procédure.

Article 54 du nouveau Code des marchés publics

I Une enchère électronique est une procédure de sélection des offres, réalisée par voie électronique, et permettant aux candidats de réviser leurs prix à la baisse et de modifier la valeur de certains autres éléments quantifiables de leur offre.

[…]

III L'enchère électronique porte sur le prix, sur d'autres critères quantifiables ou à la fois sur le prix et d'autres critères quantifiables.

IV Le pouvoir adjudicateur qui décide de recourir à une enchère électronique en fait mention dans l'avis d'appel public à la concurrence.

[…]

V L'enchère électronique commence après que les offres ont été évaluées au regard des critères ne faisant pas l'objet de l'enchère.

Tous les candidats ayant présenté des offres qui n'ont pas été écartées au motif qu'elles sont inappropriées, irrégulières ou inacceptables sont invités simultanément par voie électronique à participer à l'enchère en présentant de nouveaux prix ou de nouvelles valeurs.

Lorsque le choix de l'attributaire du marché n'est pas fondé sur le seul critère du prix, l'invitation adressée à chaque candidat est accompagnée du résultat de l'évaluation de son offre réalisée en application du premier alinéa.

L'invitation mentionne également la formule mathématique qui déterminera lors de l'enchère électronique les reclassements automatiques en fonction des nouveaux prix ou des nouvelles valeurs présentés. Cette formule intègre la pondération de tous les critères fixés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

Dans le cas où des variantes sont autorisées, des formules sont fournies séparément pour chaque variante.

VI L'enchère électronique peut se dérouler en plusieurs phases dans des conditions précisées dans les documents de la consultation. Elle ne peut débuter moins de deux jours ouvrables après la date d'envoi des invitations.

VII Les candidats sont informés instantanément de leur classement ou du résultat de la meilleure offre. Ils peuvent également être informés du nombre de candidats à l'enchère et, si les documents de la consultation le prévoient, des prix et valeurs proposés par les autres candidats. Cependant, en aucun cas, l'identité des candidats ne peut être divulguée pendant le déroulement des phases de l'enchère électronique.

VIII Le pouvoir adjudicateur clôt l'enchère électronique selon l'une des modalités suivantes :
[…]
IX Après la clôture de l'enchère électronique, le marché est attribué conformément au I de l'article 53, en fonction des résultats de l'enchère électronique et sous réserve que le candidat dont l'offre est retenue produise les certificats et attestations mentionnés aux I et II de l'article 46, dans les conditions fixées par le III du même article.

La procédure peut se schématiser selon la figure 7.5.

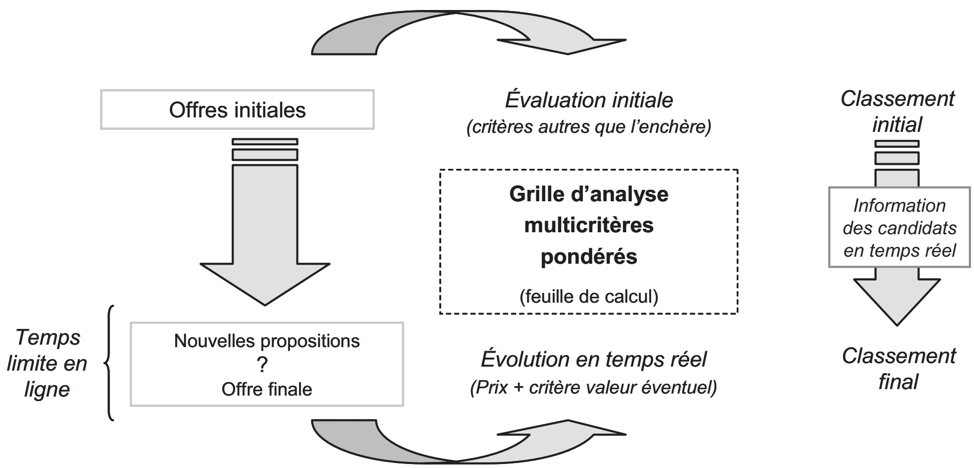


Figure 7.5 La procédure des enchères électroniques

Exemple

Un acheteur souhaite commander des imprimantes laser, dans le cadre d'un marché cadre passé sous enchères électroniques.

Les critères de choix sont :

Critère	Observations
Valeur technique – vitesse d'impression ; – résolution ; – mémoire standard ; – durée de vie du toner ; – volume mensuel maximum ; – consommation électrique.	Ce critère fera l'objet de l'évaluation initiale ; la note obtenue ne pourra varier à l'occasion de la séance d'enchères électroniques, car ce sont des produits « sur étagère ».

Critère	Observations
Garantie proposée – durée ; – type ; – étendue.	Ce critère est une « valeur » que l'on peut faire évoluer dans le cadre de l'enchère électronique. Cela nécessite de donner la formule de calcul et de l'utiliser en temps réel ; toutefois, il peut être complexe d'utiliser ce type de valeur dans le bref délai de l'enchère.
Délai de livraison (maxi 30 jours)	Ce critère est une « valeur » facilement utilisable lors de l'enchère.
Prix Prix d'achat	Ce critère sera systématiquement utilisé lors de l'enchère.

La grille d'analyse que l'on devra communiquer aux candidats (à l'exclusion de toute indication sur l'identité des autres concurrents), pourrait se présenter ainsi :

Critères	Formule	Offre A	Offre B	Offre C
Valeur technique 40 %	(pour mémoire, voir chapitre II.2)	Note pondérée	Note pondérée	Note pondérée
Garantie 20 %	(pour mémoire, voir chapitre II.2)	Note pondérée	Note pondérée	Note pondérée
Délai 10 %	Note/10 = $= \dfrac{10 \times (\text{écart considéré } 30 - \text{offre})}{\text{écart maxi } (30 - 5)}$ (un délai inférieur à 5 jours n'apportant pas de plus-value)	Note initiale pondérée *Note nouvelles offres*	Note initiale pondérée *Note nouvelles offres*	Note initiale pondérée *Note nouvelles offres*
Prix 30 %	Note sur 10 = $= \dfrac{10 \times (\text{écart considéré})}{(\text{écart maximum})}$	Note initiale pondérée *Note nouvelles offres + finale*	Note initiale pondérée *Note nouvelles offres + finale*	Note initiale pondérée *Note nouvelles offres + finale*
Total points		Initial Intermédiaire Final	Initial Intermédiaire Final	Initial Intermédiaire Final

Concernant la formule du prix, on peut utiliser toutes les méthodes indiquées au chapitre II.6. Il semblerait préférable de se baser sur un prix objectif et de déterminer une fourchette, comme on l'a étudié au chapitre précédent, ou bien de se caler sur la moyenne des offres reçues (note mini)

– 20 % (note maxi). Le danger dans cette procédure réside dans le risque d'une offre anormalement basse.

Seuls les aspects de l'offre concernant les critères « délai » et « prix » seront affectés, dans cet exemple, par la procédure d'enchères électroniques. Comme on le voit, les autres critères conservent leur part donnée par la pondération, il ne s'agit donc pas d'une forme d'adjudication, mais bien du choix de « l'offre économiquement la plus avantageuse », en fonction de plusieurs critères. On verra dans la partie suivante que ce principe n'est pas éloigné de certains aspects de la négociation, en particulier lorsqu'il s'agit de l'achat de fournitures courantes.

7.2.4 Les échantillons

Ainsi qu'on a pu le voir dans des exemples précédents, il est possible de demander des échantillons. Ceux-ci sont généralement demandés avec l'offre, ils peuvent aussi faire partie de la candidature. La demande d'échantillons au titre de la candidature prend tout son intérêt dans des procédures restreintes, car ils représentent un élément d'appréciation concret des références et savoir-faire de l'opérateur économique.

Article 49 du nouveau Code des marchés publics

Quel que soit le montant du marché, le pouvoir adjudicateur peut exiger que les offres soient accompagnées d'échantillons, de maquettes ou de prototypes concernant l'objet du marché ainsi que d'un devis descriptif et estimatif détaillé comportant toutes indications permettant d'apprécier les propositions de prix. Ce devis n'a pas de valeur contractuelle, sauf disposition contraire insérée dans le marché. Lorsque ces demandes impliquent un investissement significatif pour les candidats, elles donnent lieu au versement d'une prime.

Le règlement de consultation précise les modalités de remise des échantillons. Lorsque ces derniers sont demandés avec l'offre, ils font partie de celle-ci : à ce titre, ils doivent être remis au plus tard à la date limite de remise des offres. Mais ils peuvent parfaitement ne pas être livrés en même temps, ni au même endroit. Il importe que l'acheteur spécifie avec précision, dans le règlement de la consultation, le lieu de remise des échantillons (une cuisine centrale, une zone technique, etc.) ainsi que ses horaires d'ouverture qui ne sont pas toujours les mêmes que les horaires du service administratif dépositaire des offres « papier ».

> Pour la confection des rations alimentaires de combat de l'armée, le SCERCAT (Service central d'études et de réalisations du commissariat de l'Armée de terre, situé à Rambouillet dans les Yvelines) passe des marchés pour l'achat des denrées qui entrent dans la composition des rations, celles-ci étant conditionnées en régie, par un établissement du service situé à Angers. Les offres « papier » sont reçues à Rambouillet alors que les échantillons sont reçus et évalués à Angers.

Il importe de prendre en compte le fait que les échantillons peuvent représenter un coût important pour les entreprises soumissionnaires : le service acheteur doit donc proportionner ses exigences et le cas échéant, prévoir une indemnisation.[6] Les abus dans ce domaine, en imposant des échantillons trop onéreux, non indemnisés, pourraient justifier des contentieux, de telles pratiques ayant pour effet de réduire la concurrence. C'est pourquoi le nouveau Code a introduit explicitement l'obligation de versement d'une prime, dès lors que « ces demandes *(d'échantillons)* impliquent un investissement significatif pour les candidats ». Cette nouvelle disposition a pour but de limiter les pratiques abusives de certains acheteurs publics ; on peut toutefois regretter la maladresse du terme « investissement significatif ». La notion d'investissement revêt une acception précise, que ce soit en comptabilité privée ou publique, or il semble probable que ce n'est pas cet « investissement » qu'a voulu dire le jurislateur, qui semble plutôt utiliser ce terme dans le sens commun : investissement en temps passé à préparer un mémoire, investissement du fait du coût unitaire élevé d'une fourniture (ou du coût élevé du fait d'un nombre important d'objets à fournir), nombre élevé de médicaments exigés à titre d'échantillons, etc. Il conviendra de rester attentif aux contributions ultérieures de la doctrine et de la jurisprudence, qui ne manqueront pas d'apparaître rapidement.

---

6. Pièces justificatives pour le paiement : copie du règlement de consultation prévoyant le paiement d'une prime et état liquidatif signé de l'ordonnateur, voir circulaire du 30 septembre 2003 relative à la nomenclature des pièces justificatives des dépenses de l'État NOR:ECOZ0300021C, décret n° 2003-301 du 2 avril 2003 modifiant le Code général des collectivités territoriales (partie réglementaire) NOR:BUDR0360102D.

La circulaire d'application du Code est peu diserte sur la question, se contentant de préciser que « leur nombre devra être proportionné à l'objectif de procéder au meilleur choix et être compatible avec le niveau de spécification technique exigé du produit » (circulaire du 3 août 2006, déjà citée, 12.1).

> **« [...] Ne pas entraver la mise en concurrence**
>
> En l'espèce, et lorsqu'il s'agit pour le candidat de délivrer « gratuitement » quelques exemples des produits qu'il distribue, l'incidence financière pour le fournisseur n'est pas énorme. L'impact économique est tout autre dans le cas de matériel de démonstration. À l'occasion d'un marché de mobilier de bureau, une collectivité a ainsi demandé aux entreprises soumissionnaires d'exposer dans ses locaux plusieurs modules de bureau et de salles de réunion (bureaux, caissons, tables, sièges, bibliothèque). Motif invoqué : permettre à la CAO d'apprécier grandeur nature la proposition, et d'estimer les différences éventuelles entre l'offre papier et la réalité. Dans son RC, la personne publique précisait simplement que les frais de transport et de montage/démontage ne seraient pas pris en charge (par la collectivité). Le hic, c'est qu'entre la fabrication des modèles, le camion, et deux personnes chargées de l'installation, une des sociétés candidates a ainsi estimé la facture à 3 000 euros HT. Faire venir sur place le matériel d'exposition est une tendance qui prend de l'ampleur depuis deux ans, explique cette société spécialisée : « auparavant, les personnes publiques demandaient simplement de tenir à disposition les pièces dans notre showroom. » Un investissement aléatoire qui aura certainement découragé des candidatures. [...] »

Source : Jean-Marc Binot, www.achatpublic.com, 8/11/2005, « L'info du jour » ; « Demande d'échantillons et de matériel : entre bon usage et abus ».

Ce même règlement de consultation précisera la destination des échantillons et les éventuelles modalités de reprise de ceux-ci par les candidats non retenus, ainsi que, le cas échéant, les montants et modalités d'indemnisation.

Exemple de dispositions à inclure dans le règlement de consultation

Article x : Envoi d'échantillons

Est appelé échantillon un modèle représentatif des livraisons à venir.

x.1 Date et lieu de présentation

(adresse, horaires d'ouverture, date et heure limites de remise des échantillons = date et heure limites de remise des offres)

– remise contre récépissé ;

Il appartient aux candidats de s'assurer de la livraison de leurs échantillons dans les délais prescrits.

x.2 Nature, importance et identification des échantillons demandés

x.2.1. Nature – importance des échantillons

(préciser le nombre par modèle – en principe 3 par type de produit ; accompagnement de l'échantillon par une fiche technique valant engagement – [à joindre en annexe au CCP]).

x.2.2 Identification des échantillons

Afin de garantir leur anonymat lors de l'examen par la commission réunie à cet effet, les échantillons seront identifiés au moyen d'une étiquette amovible de petite dimension indiquant :

– le nom et l'adresse du concurrent ;

– la référence de l'échantillon ;

– la référence au présent CCP et à l'Acte d'engagement.

x.3 Dispense de présentation d'échantillons

Aucun candidat n'est dispensé de présentation d'échantillons.

x.4 Appréciation des échantillons

Les échantillons, dont la présentation est obligatoire, sont appréciés et notés par une commission d'échantillon. Cette notation sera réalisée dans les conditions suivantes :

Qualité relative aux caractéristiques techniques demandées dans le CCP : 15/20 *(détailler par sous-catégorie, avec un coefficient pour chaque sous-catégorie), exemple :*

– *dimensions générales 5/20*

– *matériaux 5/20*

– *marquage 5/20*

– *montage, stabilité 3/20*

– *aspect, finition : 5/20*

Les offres correspondant à des échantillons incomplets ou obtenant une note inférieure à 15/20 sont écartées du placement.

Dans l'hypothèse où les offres, faites au titre de l'appel d'offres, seraient jugées inacceptables, la personne publique se réserve la possibilité de ne mettre en compétition pour la passation d'un marché négocié dans les formes de l'article 35.I.1° que les concurrents dont l'(ou les) échantillon(s) a (ont) été accepté(s).

x.5 Destination des échantillons présentés

Les échantillons acceptés mais correspondant à des offres non retenues et les échantillons refusés seront remis à la disposition des candidats et seront à retirer au service indiqué au § 3.x.1 ci-dessus dans un délai de 30 jours après la notification.

Passé ce délai, les échantillons seront renvoyés aux candidats en port dû.

(ou bien : les échantillons seront conservés ; les échantillons seront détruits ; les échantillons feront l'objet d'une indemnisation forfaitaire de x € HT, qui sera versée à l'ensemble des candidats ayant remis une offre, dans un délai de 45 jours à compter de la notification de rejet de leur offre.)

Les échantillons acceptés et correspondant à une offre retenue sont authentifiés par la personne publique.

Un échantillon sera détruit pour essais.

Le titulaire du marché devra reprendre un échantillon accepté et authentifié pour le tenir à disposition de la personne publique pour servir de référence lors des opérations d'admission en usine.

Le deuxième échantillon accepté et authentifié sera conservé par la personne publique.

En aucun cas le titulaire du marché ne peut se prévaloir de l'acceptation de ses échantillons pour tenter de livrer des articles ne répondant pas aux caractéristiques exigées par la personne publique ou annoncées par lui-même dans sa fiche d'engagement.

> Les dispositions de l'article 49 ont suscité de nombreuses polémiques et articles dans la presse spécialisée. Dans une contribution sur le site internet www.achatpublic.com, un graphiste, assistant à maîtrise d'ouvrage, estime notamment que la pratique actuelle des échantillons est contraire à l'article 5 du Code des marchés publics qui exige une analyse du besoin détaillée par le pouvoir adjudicateur : « la vraie définition du besoin doit se faire en amont, or, là, elle va se faire durant la réunion de la commission, c'est-à-dire pendant la procédure », et « l'exigence de maquettes ou de projets graphiques compense quasi systématiquement l'imprécision du cahier des charges. Par des

termes imprécis, l'acheteur cache son incapacité à définir quel type de produit il recherche, il est même parfois incapable de savoir sur quels critères précis il l'analysera ». En demandant une maquette censée correspondre au produit recherché, l'acheteur organiserait *de facto* un concours, sans pour autant se plier aux règles spécifiques de ce mode de sélection, ce qui est contraire au principe de transparence des procédures. Enfin, l'article souligne le fait que le coût induit par ces comportements est très préjudiciable à tous, estimant un « coût de réalisation de 15 000 € » supporté par une « quinzaine de candidats », rapporté à un marché de valeur estimé « à 30 000 € » pose un sérieux problème.

Source : GéraldineLlauwereins-Taris@achatpublic.info, 14 mars 2007

En ce qui concerne les échantillons, en l'absence de circulaire spécifique et compte tenu d'une rédaction assez maladroite de l'article 49 (« investissement significatif »), il est recommandé de demander des échantillons, lorsqu'ils sont utiles pour déterminer la meilleure offre, dans les conditions suivantes :

- recours aux échantillons dans le cas de fournitures courantes de faible prix ;
- remise à disposition des échantillons non consommés ou détruits, à l'issue de la procédure de passation ;
- éviter, sauf nécessité dûment justifiée, de faire faire un produit spécifique[7] et de le demander obligatoirement à titre d'échantillon. Si c'est indispensable, prévoir une indemnisation au prix du marché ;
- dans le cas particulier des dépenses liées à la communication (graphistes), tels qu'affiches, dépliants, plaquettes, logos : demander à titre d'échantillon des produits déjà réalisés par le prestataire dans le même domaine ou pour des clients similaires. Exiger le logo ou la plaquette objet du marché, au titre d'un échantillon, est irrégulier : cela revient à imposer un début d'exécution du marché avant sa notification, cela constitue aussi un obstacle au principe de liberté d'accès à la commande

7. Maquette, logo, mais aussi vêtement spécifique, pièce d'uniforme.

publique (cette stipulation, de par sa seule présence, est susceptible de dissuader certaines entreprises de déposer une offre, donc de réduire la concurrence). Cela peut revenir aussi à contrevenir au principe d'égalité entre les candidats, un candidat « sortant » étant avantagé pour concevoir ce produit, par rapport à des candidats « entrants ».

7.3 La négociation des offres

Dans la mesure où la procédure l'autorise, la négociation doit permettre d'optimiser les offres des candidats en les adaptant au plus près du besoin : « chaque fois qu'il est autorisé par le Code, le recours au dialogue et à la négociation, après publicité et mise en concurrence, peut être utilement envisagé. Il permet en effet d'obtenir un meilleur achat dans le respect des règles de transparence » (circulaire du 3 août 2006, déjà citée, § 11 « Comment négocier ? »). Il s'agit de coller au « juste nécessaire » avec le meilleur rapport qualité-prix possible. Comme on a pu le voir dans les paragraphes précédents, une bonne négociation exige une parfaite connaissance du besoin et une évaluation initiale rigoureuse des propositions reçues.

La mise en œuvre de grilles d'analyse multicritère pondérées est un outil irremplaçable dans la conduite de la négociation : elle permet de suivre l'évolution des offres de façon objective, sans rester sur des impressions subjectives que l'on peut avoir à l'issue d'une réunion de négociation.

7.3.1 Les objectifs de la négociation

Avant de se lancer dans une négociation, que l'on soit dans le cadre d'une procédure adaptée ou bien négociée, encore faut-il savoir ce que l'on recherche. Il faut donc arrêter des objectifs, avec une marge de manœuvre possible, bref, préparer sa négociation. Le candidat, vendeur, a de son côté des objectifs. Reste à faire coïncider les zones d'entente, sur la base d'un jeu « gagnant-gagnant », en particulier si la relation doit s'établir dans la durée.

Exemple

Un acheteur souhaite commander des imprimantes laser, dans le cadre d'un marché cadre passé sous forme adaptée.

Les critères de choix sont :

Critère	Observations
Valeur technique – vitesse d'impression ; – résolution ; – mémoire standard ; – durée de vie du toner ; – volume mensuel maximum ; – consommation électrique.	 – non négociable – non négociable – non négociable – non négociable – non négociable – non négociable Ces caractéristiques ne sont pas négociables car ce sont des produits « sur étagère » et non des produits industriels dont les caractéristiques techniques seraient imposées par la personne publique pour son seul usage.
Garantie proposée – durée ; – type ; – étendue.	 – négociable – négociable – négociable
Délai de livraison (maxi 30 jours)	– négociable
Prix – prix d'achat ; – coût à la page ;	 – négociable – négociable éventuellement et en partie (si le marché inclut la fourniture des consommables, sinon il faudra impérativement utiliser un critère relatif au coût d'utilisation)

Une première évaluation est faite sur la base des offres initiales reçues. L'ensemble des notes de valeur technique resteront constantes dans cet exemple : la négociation est sans incidence, le produit est ce qu'il est, il ne s'agit pas d'un produit réalisé « sur mesure » pour le pouvoir adjudicateur. En revanche, tout l'environnement du produit peut faire l'objet de négociation.

L'acheteur doit arrêter ses objectifs et priorités :

– Est-ce le prix d'achat ?

– La rapidité de livraison ?

– Le coût d'utilisation (coût des consommables) ?
– La fiabilité (garantie) ?

En fonction du besoin des utilisateurs, des contraintes diverses (budgétaires, fonctionnement), l'acheteur arrête et classe ses objectifs par ordre d'importance, évalue sa « marge de manœuvre » sur chacun d'entre eux.

Les différents points de négociation sont liés et chaque vendeur dispose de ses objectifs propres : les combinaisons possibles sont très nombreuses, la grille d'analyse multicritères pondérée montre tout son intérêt pour intégrer tous les cas possibles.

La figure 7.6 donne une illustration de la zone d'accord. Chaque vendeur a donné un prix dans le cadre de l'offre initiale, il dispose d'une marge de manœuvre qu'il ne peut dépasser. L'acheteur de son côté s'est fixé un objectif de prix optimum, avec un montant à ne pas dépasser (motivé par des raisons budgétaires, de seuil à ne pas dépasser, ou d'une estimation préalable). La zone d'accord se trouve sur l'intersection. On peut constater qu'il n'y aura pas d'accord possible sur le prix avec le vendeur 2.

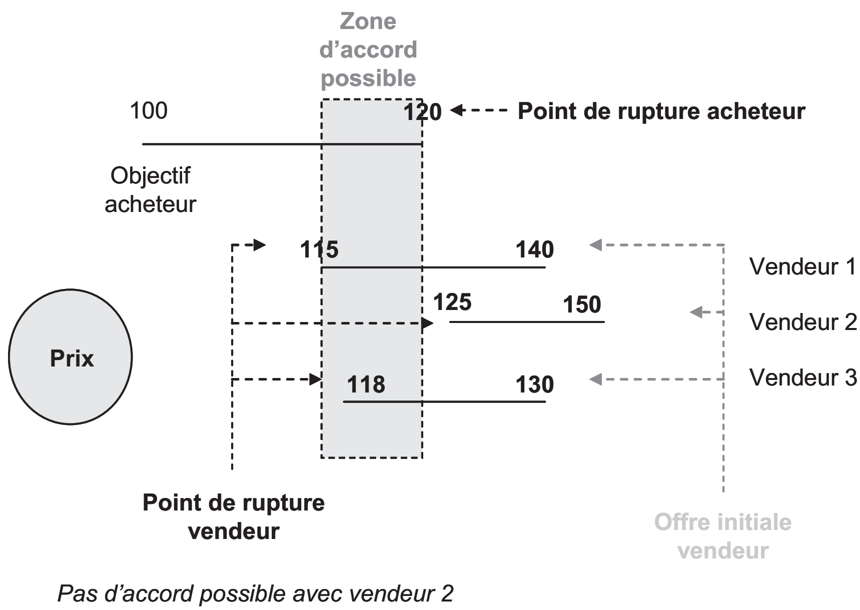


Figure 7.6 Exemple d'objectifs de négociation sur le prix

Dans la pratique, l'acheteur ne connaît pas les objectifs des vendeurs. Il doit donc au préalable collecter un maximum d'information sur les produits, afin d'en déduire les possibilités de négociation. Concernant les fournitures, il peut être déterminant de connaître le

cycle de vie du produit acheté, ainsi que le montre la figure 7.7. Toute l'habilité du négociateur est de découvrir l'objectif de son interlocuteur, soit en le faisant parler, soit par une parfaite connaissance du secteur technique et économique concerné, soit les deux.

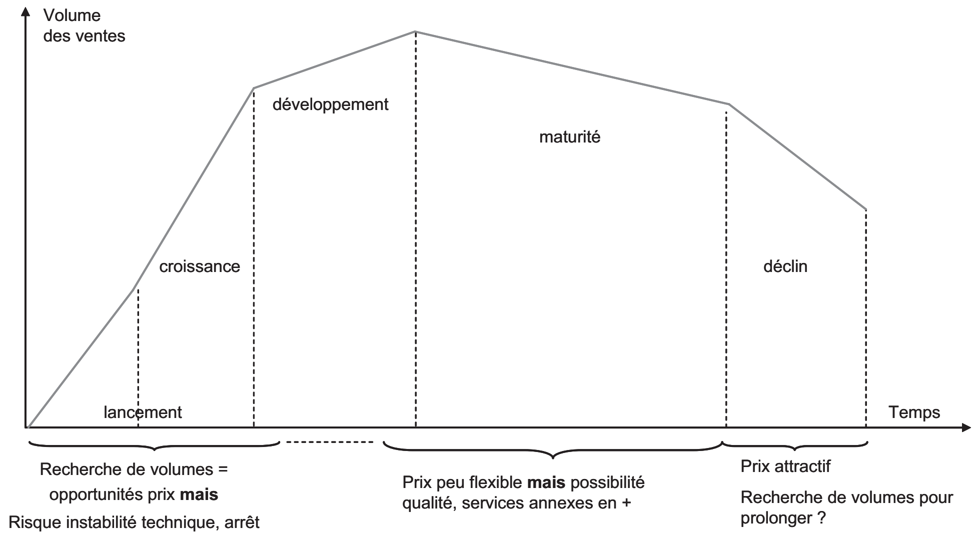


Figure 7.7 Le cycle de vie d'un produit

Source : d'après Patrick Caverivière*, Le Guide de l'acheteur*, éditions Demos, septembre 2002

De même, différents critères peuvent être liés : un délai de livraison plus lent peut permettre une économie sensible sur le prix, par exemple. Reste à savoir si la rapidité de livraison vaut le surcoût.

Le cahier des clauses fonctionnelles lors de la phase expression du besoin (CdCF, voir *supra* chapitre 2), est un outil essentiel pour mener correctement une négociation, afin de préparer et de suivre des objectifs cohérents avec la finalité de l'achat.

7.3.2 La stratégie et la préparation de la négociation

■ *La stratégie, qu'est-ce que c'est ?*

Il s'agit de préparer un argumentaire en fonction des objectifs recherchés (en application de la définition du besoin et des critères d'attribution) : éléments de faits, chiffres et données, démonstrations. La stratégie peut être :

– globale : tous les points à négocier sont abordés simultanément ;

- séquentielle : les points sont abordés les uns après les autres, on passe au point suivant quand l'objectif est atteint (pas de retour en arrière, quels que soient les résultats obtenus sur les points suivants).

■ *La préparation de la négociation*

Il s'agit d'arrêter les modalités pratiques de mise en œuvre de la négociation. La réussite d'une négociation est conditionnée par la qualité de sa préparation :

- définir le besoin et le périmètre de négociation ;
- choisir des modalités proportionnées à l'enjeu (en face à face ou non) ;
- choisir l'équipe qui va négocier, délégations et liberté d'action ;
- lancer la procédure : établir un calendrier.

Lors de cette préparation dont la rigueur conditionne la réussite, l'acheteur veillera à identifier :

- Les enjeux
  - De quoi s'agit-il ?
  - Quelles conséquences en cas d'échec de la négociation ?
  - Quel résultat acceptable ?
  - Qui participe à la négociation (rôle de chacun, marge de manœuvre) ?
- Les objectifs recherchés
  - Lister les objectifs par ordre de priorité (cohérence/critères d'attribution annoncés) ;
  - prix objectif ;
  - position/variantes ;
  - solutions de repli en cas d'échec.

Les objectifs doivent être réalistes et assortis d'une marge de manœuvre : une pré-négociation, interne cette fois, peut s'avérer nécessaire afin que les acteurs publics de la négociation bénéficient d'une capacité de décision lors de la conduite des réunions. Le cas contraire fragiliserait leur position vis-à-vis des vendeurs. Ce point risque d'être un obstacle, au moins dans l'immédiat, à la réussite de la négociation, maintenant encouragée par la réglementation.

À ce niveau, les objectifs doivent être validés par l'autorité décisionnelle, ainsi que la marge de manœuvre.

Les participants à la négociation doivent bénéficier d'une relative autonomie pour être efficaces et à armes égales devant leurs interlocuteurs vendeurs.

Il n'est pas question que l'autorité revienne *a posteriori* sur ce qui a été décidé : cela signifierait une perte de crédibilité, voire introduirait un risque de contentieux.

■ ***Le périmètre de la négociation (cf. figure 7.8)***

En cas de procédure négociée, la négociation est obligatoire. Elle peut entraîner une modification importante du marché conclu par rapport au document de consultation proposé aux candidats dès lors qu'elle n'altère pas de manière substantielle ni l'objet du marché ni les conditions de la consultation[8]. En revanche, les négociations ne peuvent entraîner une modification de l'objet du marché.

Il importe donc au préalable de :

- cadrer le CCTP : ce qui est négociable, ce qui ne l'est pas. Le CCTP peut tout à fait comprendre des exigences fonctionnelles, laissant sur ces points une relative liberté de choix des moyens et techniques aux candidats ;
- déterminer ce qui peut/ne peut pas faire l'objet de variantes.

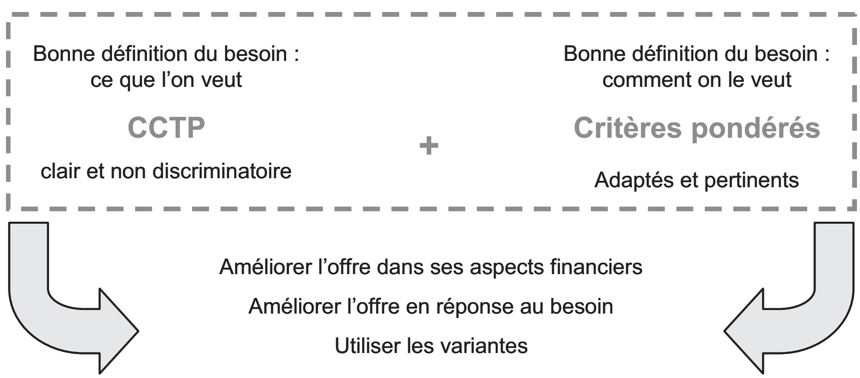


Figure 7.8 Le périmètre de la négociation

8. CAA Marseille, 27 juin 2002, préfet des Bouches du Rhône.

■ *Les points de la négociation*

☐ *La négociation sur le prix*

Les acheteurs publics, les élus et les organismes de contrôle sont encore trop souvent focalisés sur le prix du marché. Mais ce prix, visible, n'est que la partie émergente de l'iceberg, comme l'indique schématiquement la figure 7.9 (voir aussi *supra*, I.2.8).

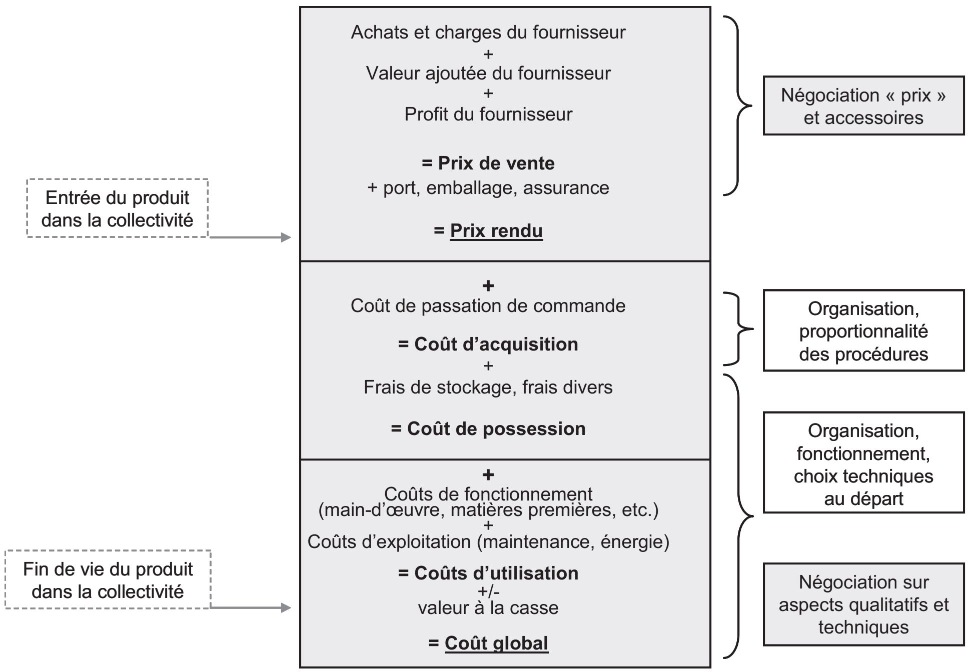


Figure 7.9 Le coût et le prix, notion de coût global et négociation

Dans une négociation sur le prix, l'acheteur peut agir à plusieurs niveaux :

- prix unitaire ;
- prix lié à la quantité commandée ;
- prix lié au volume global de la commande (si produits différents) ;
- prix lié au volume commandé annuellement ;
- clause de variation de prix.

Pour optimiser ses chances d'un bon compromis, l'acheteur doit s'employer à :

- réduire les incertitudes du vendeur, notamment sur les quantités qui seront effectivement commandées, pendant la durée prévisible du marché ;
- prévoir des conditionnements adéquats correspondant au prix unitaire, qui correspondent à une réalité logistique ;
- préparer un cadre de sous-détail de prix unitaire, le cas échéant.

Exemple

Achat d'eau de source en conditionnement individuel

Une administration souhaite acquérir de l'eau de source en conditionnement type « tétrabriques » d'une capacité d'un litre. Compte tenu des consommations importantes, la livraison est demandée en palettes conditionnées sous film. Une palette contient 864 packs d'un litre, un container 20 pieds contient 11 palettes, soit 9 504 litres. Le choix du prix unitaire dépend des quantités commandées et des moyens logistiques dont dispose l'administration pour gérer ces flux logistiques. Dans ce cas, la palette peut être un prix unitaire satisfaisant. En revanche, le container (KC 20) est sans intérêt dans la mesure où la containérisation est effectuée par moyens administratifs et où ces matériels font l'objet eux-mêmes d'un contrat de location distinct et servent aussi à transporter d'autres produits.

☐ *La négociation sur d'autres aspects de l'offre*

Le prix n'est pas, loin s'en faut, le seul point sur lequel doit porter une négociation. À titre d'exemple, voici quelques points sur lesquels elle peut s'exercer :

- **le conditionnement :** l'exemple précédent a montré que le conditionnement était un élément extérieur au prix mais l'impactant directement. Un conditionnement plus important diminue les frais d'emballage et de manutention, permettant de faire un effort sur le prix ;
- **les délais :** une plus grande souplesse dans les délais peut entraîner des économies substantielles. Il faut proportionner les exigences aux enjeux, afin de ne pas avoir à payer une surqualité que l'acheteur s'est imposée à lui-même, au nom du principe bien connu dans l'Administration, « qui peut le plus peut le moins » ;

Exemple

Marché de maintenance informatique

Selon l'importance des pannes, on peut moduler les délais d'intervention. Seules les pannes bloquantes engageant la sécurité ou le fonctionnement même de l'organisation impliqueront une intervention dans l'heure. Selon le niveau de gravité des pannes, les délais d'intervention pourront s'échelonner entre la demi-journée et les trois jours ouvrés. L'analyse du besoin comportera une analyse des risques, permettant d'évaluer l'optimum (le principe « qui peut le plus peut le moins » est à proscrire formellement au profit du « juste nécessaire », afin d'éviter une explosion des budgets, les exigences en termes de délais d'intervention en la matière, ayant un coût exponentiel).

- **le service après-vente :** coût et disponibilité des pièces de rechange, étendue de la garantie (dans le temps, dans les prestations couvertes) ;
- **les modalités de garantie et de maintenance :** où s'arrête la garantie (dans le temps, dans son champ d'application), coût de la maintenance (périodicité…), coût et disponibilité des pièces détachées, modalités d'exécution (sur site, retour usine, prise en charge des frais annexes, frais de transport et déplacement, etc.) ;
- **obligation de moyens ou obligation de résultats ?** Préciser ce qui relève de l'obligation de moyens (par exemple, intervenir dans un délai de…) et ce qui relève de l'obligation de résultat (par exemple, remettre en fonctionnement opérationnel dans un délai de…). Les contrats d'obligation de résultats doivent être réalistes ;
- **les modalités de livraison :** livraison express ou messagerie, modalités d'assurance et de responsabilité[9]. En cas de marchés internationaux ou de livraison sur un territoire étranger, il est essentiel de prévoir l'INCOTERM adéquat, qui a un impact déterminant sur le prix…

9. Le CCAG FCS, dans son article 14.2, stipule que « les risques afférents au transport jusqu'au lieu de destination incombent à la personne publique, le titulaire étant toutefois responsable des opérations de conditionnement, d'emballage, de chargement et d'arrimage ».

Les INCOTERMS

Dans le cadre d'un contrat d'achat-vente international, les INCOTERMS (International Commercial Terms) déterminent les obligations réciproques acheteur-vendeur, les responsabilités respectives, le partage des coûts et des risques, sans préciser le moment où est transférée la propriété.

Ils distinguent :

– les ventes au départ (risques du transport principal laissés à la charge de l'acheteur), avec 8 INCOTERMS : EXW, FCA, FAS, FOB, *CF*R, CIF, CPT, CIP ;

– les ventes à l'arrivée (risques du transport principal laissés à la charge du vendeur) : DAF, DES, DEQ, DDU, DDP.

Les INCOTERMS au sein de l'Union européenne

EXW	À l'usine : fréquent	CIP	Port payé, assurance comprise : fréquent
FCA	Franco transporteur : fréquent	DAF	Rendu frontière : rare
FAS	Franco long du navire : rare	DES	Rendu Ex Ship : rare
FOB	Franco bord : rare	DEQ	Rendu à Quai : rare
*CF*R	Coût et fret : rare	DDU	Rendu Droits non acquittés : fréquent
CIF	Coût, Ass et Fret : rare	DDP	Rendu Droits acquittés : exception
CPT	Port payé jusqu'à : fréquent		

Source : www.conex.fr

☐ *Les limites*

Certaines dispositions d'ordre public ne peuvent faire l'objet de négociation.

– **Les délais de paiement :** on ne peut négocier un délai supérieur à 45 jours (50 jours pour les établissements de santé et le Service de santé des armées), **mais l'acheteur peut négocier un délai inférieur** (à condition de pouvoir le tenir, ce qui implique notamment une convention écrite avec son comptable assignataire) ;

– **les intérêts moratoires :** il est interdit de renoncer aux intérêts moratoires[10] qui sont reconnus de plein droit au créancier (titulaire

10. Conseil d'État, 17 octobre 2003, n° 249822, ministère de l'Intérieur, AJDA n° 42/2003 p. 2267, note Jean-David Dreyfus.

ou sous-traitant admis en paiement direct), le taux choisi est imposé par décret, ce même texte prévoyant le taux applicable par défaut[11].

L'acheteur est tenu de se conformer à la règle de l'égalité de traitement entre les candidats, ainsi qu'au respect du secret industriel et commercial.

> **En cas de marché négocié article 35, la négociation est obligatoire, elle peut entraîner une « modification importante du marché conclu par rapport au document de consultation proposé aux candidats,** ***dès lors qu'elle n'altère pas de manière substantielle ni l'objet du marché, ni les conditions de la consultation*** **».**

Source : CAA Marseille, 27 juin 2002, Préfet des Bouches du Rhône

■ *Le déroulement pratique de la négociation*

La négociation en face à face demande une préparation sérieuse. La négociation doit se faire en respectant l'égalité entre les candidats et la confidentialité des offres[12].

Elle peut impliquer le déplacement des candidats, donc des coûts. La négociation en face à face doit donc être réservée à des marchés de montant significatifs : il est évident que pour un marché de quelques milliers d'euros, un candidat potentiel n'est pas prêt à faire plusieurs centaines de kilomètres et à investir une journée de travail en déplacement. Les candidats locaux s'en trouvent de fait avantagés, ce qui représente un risque juridique potentiel pour l'acheteur, si l'objet du marché implique une publicité nationale, malgré un montant peu élevé.

Pour les marchés de faible montant, on privilégiera une négociation « par correspondance », utilisant tout moyen, y compris le téléphone et le courriel : toutefois une trace écrite, confirmant les

---

11. Décret 2002-232 du 21 février 2002, taux contractuel : taux légal de l'année en cours majoré de 2 %, par défaut taux de refinancement de la Banque centrale européenne, applicable à la date du droit, majoré de 7 %.
12. CAA Bordeaux, 14 février 2006, n° 04BX02064, 04BX02085, 05BX00690 syndicat intercommunal d'alimentation en eau du Confolentais, société d'aménagement urbain et rural Saur France, société Aquitaine de gestion urbaine et rurale Agur, arrêt commenté dans *Contrats et marchés publics* n° 10/2006, contribution N° 252 J-P. PIETRI.

points d'accord du dialogue, sera indispensable pour assurer la traçabilité.

Pour les autres marchés, la négociation en face à face sera utilisée, elle nécessite :

- une préparation matérielle rigoureuse ;
- la désignation des acteurs de la négociation, qui doivent avoir été préalablement formés[13] ;
- des objectifs et une stratégie auxquels les acheteurs doivent se tenir ;
- un calendrier (*cf.* figure 7.10).

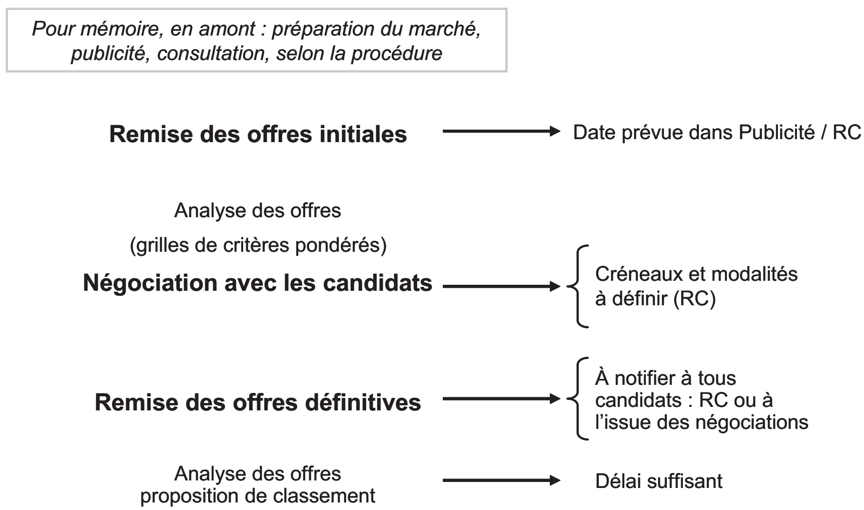


Figure 7.10 La préparation de la négociation, le calendrier

Le règlement de la consultation doit être explicite et bien préciser les modalités pratiques de la négociation. Dans le cas des marchés passés en application des articles 28 et 30 pour lesquels la négociation est ouverte et rappelée dans la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code (§ 11.1.1), l'application du principe de transparence nous conduit à recommander aux acheteurs de préciser dans les documents de

13. Le propos de cet ouvrage n'est pas de décrire les savoir-faire de la négociation.

consultation de ces marchés, qu'ils ont l'intention de négocier et de définir explicitement comment se déroulera celle-ci. Il est probable que, au vu des procédures souvent anarchiques constatées dans les pratiques courantes des marchés adaptés et des (rares) négociations afférentes, le juge soit prochainement amené à remettre de l'ordre.

L'information préalable doit être identique et simultanée pour tous les candidats. Elle prévoit :

- La forme et les conditions pratiques de la négociation :
  - par écrit, par courriel, par téléphone confirmé par écrit, avec réunions, etc. ;
  - personnes responsables des négociations, modalités de remise de documents, échantillons, etc.
- La durée de la négociation :
  - début et fin, ou bien la date de fin sera précisée au cours de la procédure (la fin étant la date de remise de l'offre définitive. On peut aussi mettre l'offre à jour au fur et à mesure des points abordés lors de la négociation, toujours confirmés par un écrit, celui-ci pouvant être établi postérieurement aux réunions, si la négociation a lieu en face à face).

7.3.3 La traçabilité de la négociation

Les différents points évoqués plus haut doivent laisser une trace. Plutôt que de mettre en œuvre une nouvelle procédure lourde et compliquée, il semble préférable de faire le point des documents existants, et de les classer dans un dossier retraçant la procédure :

- l'avis de publicité et le règlement de consultation comportent déjà un certain nombre d'informations importantes ;
- les objectifs de négociation nécessitant une validation de la part d'une autorité, la fiche de présentation revêtue de cet accord sera jointe au dossier ;
- les différents courriers adressés aux entreprises : convocations, ordre du jour compléteront le dossier au fur et à mesure de l'avancement de la procédure ;

– chaque séance de négociation donnera lieu à un court compte rendu établi par l'acheteur : points évoqués, accords trouvés, questions en suspens, documents ou propositions à adresser par le candidat pour telle date ;
– les propositions des candidats suite aux séances de négociations se traduiront soit par l'envoi de courriers spécifiques joints à l'offre initiale, soit par une nouvelle offre finale, selon l'option procédurale retenue par l'acheteur (voir *supra*).

Il ne paraît pas indispensable de mettre en œuvre des fiches de suivi particulières[14], dans la mesure où l'on dispose des informations écrites mentionnées plus haut, car cela impose un travail supplémentaire (donc un coût). L'utilisation des supports administratifs habituels (lettres, fiches, bordereaux de circulation de courrier interne…) paraît suffisante pour assurer la traçabilité de la négociation, s'ils sont correctement classés et archivés.

Cette mission d'archivage doit en toute logique revenir au service chargé d'instruire le dossier et de procéder à l'analyse des offres.

7.4 L'achèvement de la procédure de choix du prestataire

Le choix définitif effectué[15], le soumissionnaire devient attributaire et doit, le cas échéant, remettre les différents justificatifs fiscaux et sociaux attestant la recevabilité de sa candidature (voir *supra* 5.3.1).

Le contrat définitif, dans une procédure formalisée[16], fait l'objet d'un rapport de présentation joint au dossier, à l'attention des autorités de contrôle.

14. Certains auteurs ont proposé des modèles simples de fiches de suivi de négociation : on verra les exemples proposés par Me Yves-René Guillou, dans *CP-ACCP* n° 31, mars 2004.
15. Pour les marchés négociés passés en application de l'article 35, le choix final est validé par la Commission d'appel d'offres (décision pour les collectivités, avis pour l'État).
16. Marchés passés en application de l'article 35.

Par ailleurs, les candidats dont les offres n'ont pas été retenues en reçoivent notification accompagnée d'une motivation succincte[17], le pouvoir adjudicateur étant, sur leur demande expresse, dans l'obligation de communiquer les motifs détaillés de sa décision[18].

7.4.1 Le rapport de présentation

Toute procédure formalisée donne lieu à un rapport de présentation. Ce document accompagne les pièces du marché envoyées au contrôle de légalité (collectivités territoriales et assimilés) ou au contrôle financier (services de l'État et ses établissements publics).

Il justifie le choix du candidat et de la procédure de passation, et apporte des éléments de synthèse. À la lecture du rapport de présentation, un lecteur non informé doit être capable de comprendre l'économie de la procédure et la justification des choix.

Article 79 du nouveau Code des marchés publics

« Pour les marchés et accords-cadres passés selon une des procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur établit un rapport de présentation comportant au moins :

1° le nom et l'adresse du pouvoir adjudicateur, l'objet et la valeur du marché, de l'accord-cadre ou du système d'acquisition dynamique ;

2° le nom des candidats retenus et la justification de ce choix ;

3° le nom des candidats exclus et les motifs du rejet de leur candidature ;

4° les motifs du rejet des offres jugées anormalement basses ;

5° le nom du titulaire et la justification du choix de son offre, ainsi que, si elle est connue, la part du marché ou de l'accord-cadre que le titulaire a l'intention de sous-traiter à des tiers ;

6° en ce qui concerne les procédures négociées, la justification du recours à ces procédures, sauf dans le cas des marchés de travaux dont le montant est compris entre 210 000 € HT et 5 270 000 € HT ;

7° en ce qui concerne le dialogue compétitif, la justification du recours à cette procédure, sauf dans le cas des marchés de travaux dont le montant est compris entre 210 000 € HT et 5 270 000 € HT ;

8° le cas échéant, les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur a renoncé à passer un marché, un accord-cadre ou à mettre en place un système d'acquisition dynamique ;

17. Réforme introduite par le nouveau Code, article 80.
18. Article 81 du nouveau Code.

9° l'indication que des fournitures proviennent d'un pays membre de l'Union européenne ou d'un autre pays signataire de l'accord sur les marchés publics conclus dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce.

En cas de procédure dématérialisée, le pouvoir adjudicateur fournit, en outre, toutes les informations sur le déroulement des procédures d'attribution conduites par voie électronique.

Lorsque le pouvoir adjudicateur est soumis à un contrôle public de ces marchés, ce rapport est communiqué en même temps que le marché aux instances chargées du contrôle des marchés.

Le rapport de présentation ou ses principaux éléments sont communiqués à la Commission européenne à sa demande. »

La rédaction du rapport de présentation met en œuvre à la fois des compétences administratives et des compétences techniques. Sa responsabilité sera attribuée en fonction de l'organisation et des compétences des agents (service opérationnel en priorité, en particulier s'il possède des compétences administratives, service administratif en liaison avec le service opérationnel, dans un autre cas). Il importe que le contenu de ce rapport soit cohérent avec les autres documents de la procédure : rapport technique d'analyse des offres, grilles d'analyse, motivation des rejets de candidatures et d'offres…

7.4.2 La notification et la motivation

■ ***La notification aux candidats dont les offres ne sont pas retenues***

☐ *La notification*

À partir du moment où l'attributaire potentiel a remis les justificatifs fiscaux et sociaux attestant la régularité de sa candidature, le pouvoir adjudicateur notifie son refus aux autres candidats. Les articles sont les mêmes que ceux déjà commentés (voir *supra* 5.3.4), avec toutefois des précisions et obligations supplémentaires.

Article 80 du nouveau Code des marchés publics

« **I** 1° Pour les marchés et accords-cadres passés selon une des procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur avise, dès qu'il a fait son choix sur les candidatures ou sur les offres, tous les autres candidats du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres, en indiquant succinctement les motifs de ce rejet.

Un délai d'au moins dix jours est respecté entre la date à laquelle la décision de rejet est notifiée aux candidats dont l'offre n'a pas été retenue et la date de signature du marché ou de l'accord-cadre.

En cas d'urgence ne permettant pas de respecter ce délai de dix jours, il est réduit dans des proportions adaptées à la situation.

2° Ce délai n'est en revanche pas exigé :
a) dans les situations d'urgence impérieuse justifiant la négociation sans publicité préalable avec un seul soumissionnaire ;
b) dans le cas des appels d'offres ouverts lorsque le marché est attribué au seul candidat ayant présenté une offre ;
c) dans le cas des appels d'offres restreints et des marchés négociés lorsque le marché est attribué au seul candidat ayant présenté une offre conforme ;
d) dans le cas des marchés conclus en application d'un accord-cadre ne donnant pas lieu à remise en concurrence ;
e) dans le cas d'un marché cadre conclu avec plusieurs opérateurs économiques, à la condition que le marché soit attribué sans modification des termes du marché cadre.

II Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de ne pas attribuer le marché ou de recommencer la procédure, il informe, dans les plus brefs délais, les candidats des motifs de sa décision. Sur demande écrite des candidats, la réponse est écrite.

III Le pouvoir adjudicateur ne peut communiquer les renseignements dont la divulgation :
a) serait contraire à la loi, en particulier violerait le secret industriel et commercial ;
b) serait contraire à l'intérêt public ;
c) pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques.

■ *Les demandes d'informations complémentaires*

En procédure d'appel d'offres ouvert, l'article 59-I du Code des marchés publics dispose que : « Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. Il est seulement possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre ».

Dans un arrêt récent[19], le Conseil d'État a ouvert la possibilité pour la Commission d'appel d'offres (CAO) de faire compléter des points mineurs des offres dans le cadre de la demande de renseignements complémentaires, lors de la commission : sous-traitance, détail des prix.

Le juge a rappelé l'absence d'obligation pour les candidats de déclarer les montants à sous-traiter au moment de la formulation de leur offre.

19. CE n° 288289 du 9 novembre 2007, Société ISOSEC contre CCI du Havre, jurisprudence commentée par Dominique Fausser dans e-RJCP n° 38.

Le contrôle de l'appréciation de la CAO par le juge sur les critères de choix des offres se base sur « l'erreur manifeste d'appréciation ».

■ *La notification du marché*

Article 81 du nouveau Code des marchés publics

« […], les marchés et accords-cadres d'un montant supérieur à 4 000 € HT sont notifiés avant tout commencement d'exécution.

Pour les marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée, la notification consiste en un envoi d'une copie du marché ou de l'accord-cadre signé au titulaire. La date de notification est la date de réception de cette copie par le titulaire.

À l'exception du cas de l'échange de lettres, le marché ou l'accord-cadre prend effet à cette date ».

En conséquence, tous les marchés doivent faire l'objet d'une notification écrite, quelle que soit leur procédure de passation, dès lors qu'ils dépassent la somme de 4 000 € HT. La « copie du marché » indiquée dans l'article consiste en une copie de l'acte d'engagement, signé du représentant dûment accrédité du pouvoir adjudicateur (l'original est toujours conservé par le pouvoir adjudicateur).

La date de notification est importante, car elle matérialise un certain nombre d'événements qui vont ponctuer la vie du marché (le cas échéant : début d'exécution des prestations et donc démarrage du délai d'exécution, délai de versement de l'avance forfaitaire…).

La forme de la notification n'est pas imposée[20]. La décision n'a pas à être motivée, elle doit toutefois comprendre les voies et délais de recours, faute de quoi la forclusion après deux mois ne pourra être opposée au requérant[21].

La notification de la décision de refus procède de textes à portée générale, dont le Code prévoit l'adaptation aux marchés publics[22]. Au niveau européen, la directive recours relative aux marchés publics[23] prévoit que tout candidat doit pouvoir exercer un recours

20. Le ministère des Finances propose le document NOTI-1.
21. Délai de deux mois à compter de la réception, recours auprès du tribunal administratif compétent.
22. Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes, loi n° 2000-31 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.
23. N° 89/665/CE du 21 décembre 1989, en cours de refonte.

préalablement à la signature du marché. La directive ne fait pas la distinction entre marchés de seuil européen (procédures formalisées) ou marchés nationaux (procédures adaptées). Donc, quelle que soit la procédure, notification doit être faite à tous les candidats non retenus, avant la signature du marché (*cf.* figure 7.11). Le délai de 10 jours, spécifié pour les seules procédures formalisées, s'entend à partir de la réception de la décision par les candidats.

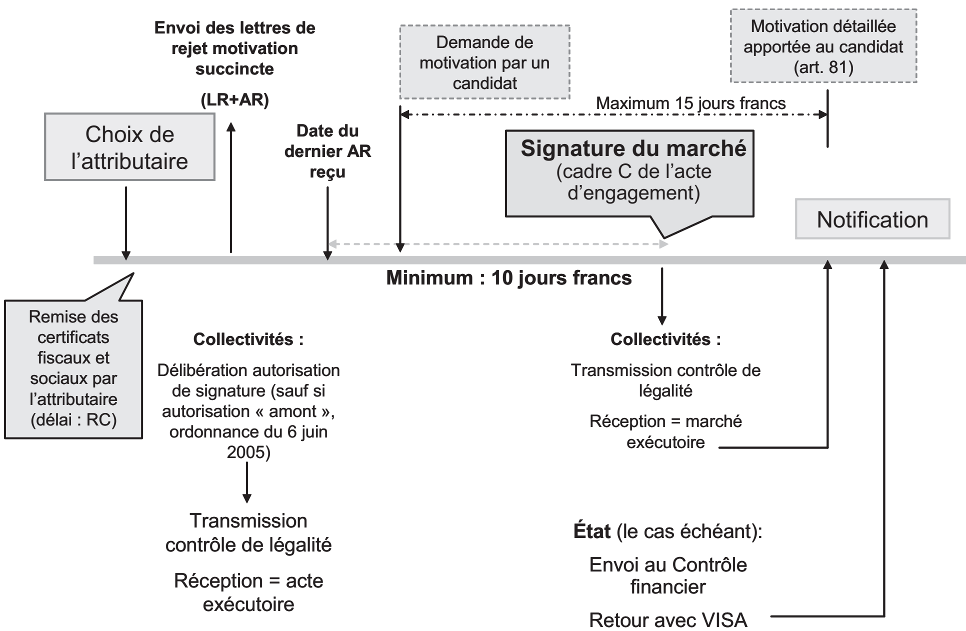


Figure 7.11 Le délai de signature du marché, cas général

Arrêt Fabricom c/État belge, CJCE, 3 mars 2005 1/03 et C-32/03

« Il en découle que la décision d'exclusion de l'entreprise… doit être notifiée antérieurement à la décision d'attribution du marché public, et cette antériorité doit être suffisante pour permettre à ladite entreprise, si elle le juge opportun, de faire un recours et d'obtenir l'annulation de la décision d'exclusion, lorsque les conditions y afférentes sont réunies. »

☐ *Le recours*

Tout candidat peut déposer une demande de référé précontractuel[24] auprès du Juge administratif. Cette requête est également recevable pour des marchés passés selon la procédure adaptée, car les marchés passés en application du Code des marchés publics ont la qualification de contrats administratifs, quel que soit leur montant[25]. Saisi d'une demande de référé précontractuel, le Juge administratif peut prendre une ordonnance de suspension de signature du contrat jusqu'à vingt jours (*cf.* figure 7.12). La procédure est publique en juge unique, l'essentiel de l'affaire peut être traité oralement lors de l'audience, contrairement aux requêtes au fond.

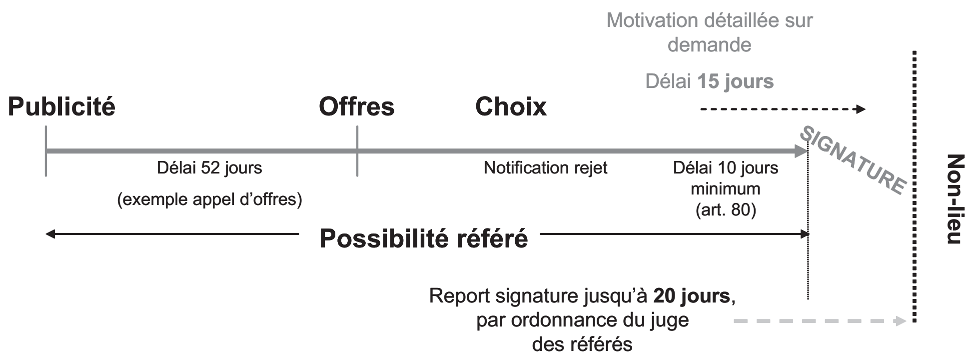


Figure 7.12 La mise en œuvre du référé précontractuel (art. L.551-1 CJA)

> La signature d'un marché intervenue antérieurement à l'expiration du délai fixé par l'art. 76 du Code n'entraîne pas l'inexistence de celle-ci. Une telle signature rend irrecevable la demande de référé précontractuel formée par un soumissionnaire évincé.

Conseil d'État, 7 mars 2005, société Grandjouan-Saco, n° 270778, commentaire [AJDA 23/2005 p. 1298 s. Hul] et [Contrats-Marchés publ., comm. 167, n° 6/2005, J.-P. Pietri]

24. Article L.551 du Code de justice administrative.
25. Loi n° 2001-1168 mesure d'urgence d'ordre économique et financier (MURCEF), article 2 et Conseil d'État 24/07/2002, n° 241921 société MAJ, Blanchisseries de Pantin.

La « course à la signature »

Si, comme on l'a vu dans la jurisprudence évoquée au paragraphe précédent, la signature du marché entraîne l'irrecevabilité de la requête en référé précontractuel, la signature du marché avant le terme de ce délai n'entraîne pas automatiquement la nullité du marché, selon la jurisprudence en vigueur. En effet, dans un arrêt CE du 17 octobre 2007, ministère de la Défense c./Société « X », n° 300419, le juge administratif a maintenu sa position[26]. Toutefois, l'acheteur public devra dorénavant se montrer plus prudent, cette protection pouvant s'avérer illusoire : la nouvelle directive européenne « recours », dont la proposition a été approuvée par le Conseil européen et le Parlement européen le 15 novembre 2007, impose un délai de 10 jours entre la notification de rejet et la signature du marché. Or, même non transposée en droit interne, une directive reste invocable. L'application de ce texte qui a force de loi devrait donc entraîner *ipso facto* la nullité d'un marché signé avant le délai fatidique de dix jours.

☐ *La motivation*

La motivation, lorsqu'elle est demandée par les candidats éconduits, est très importante. Tout d'abord, il est parfaitement équitable qu'une entreprise qui a fait l'effort de répondre à une consultation, ce qui représente un travail non négligeable comportant des aspects administratifs et formalistes particulièrement rebutants, puisse connaître les raisons de son éviction. Avant de penser « droit de recours », l'évidence est de pouvoir tirer des enseignements de ses échecs afin de progresser, mais aussi, pour le cadre commercial en charge du dossier, de rendre compte à sa hiérarchie.

Compte tenu des différents délais, l'entreprise qui souhaite attaquer le fera le plus souvent, avant d'avoir eu la réponse de l'administration. Si la réponse lui convient, elle peut très bien retirer sa requête.

La motivation doit être rédigée avec le plus grand soin, en tenant compte du strict encadrement fixé par la réglementation (voir *supra*, article 80 du nouveau Code). Le rédacteur devra veiller à la

26. Lire à ce sujet la contribution de Me Apfelbaum, « l'invité du jeudi » sur www.achatpublic.com du 6/12/2007, « circulez, c'est signé ! »

cohérence des différentes pièces entre elles, comme le montre la figure 7.13 ci-après. Il importe d'être clair et précis, cohérent avec ce qui a déjà été écrit, il est fortement déconseillé de faire preuve d'imagination ! L'acheteur communique le nom de l'attributaire, le montant de son offre et pour les autres informations éventuelles, veille à ne pas porter atteinte au secret industriel et commercial.

> Un agent hospitalier imprudent a été lourdement sanctionné pour manquement à l'obligation de discrétion professionnelle et au Code des marchés publics. Il a la sanction qui lui était infligée devant le Conseil d'État, et la haute juridiction a confirmé cette sanction.
>
> L'agent en question, ingénieur hospitalier, avait donné communication suite à la demande d'un candidat dont l'offre avait été rejetée, du rapport de présentation et du rapport d'analyse des offres. Ces documents comportaient des indications détaillées non occultées, relatives aux montants et aux détails des offres non retenues ainsi qu'aux notes et appréciations portées sur chacune d'entre elles. Le juge, en accord avec l'autorité administrative, a considéré qu'il s'agissait d'une « méconnaissance des obligations de discrétion professionnelle », ainsi que la « communication de renseignements dont la divulgation porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des entreprises et à une concurrence loyale entre elles ».

Conseil d'État 4 juillet 2005, n° 267177, M. C, AJDA 35/2005 p. 1968,
Contrats Marchés Publ. 11/2005, n° 271 note W. Zimmer

☐ *La notification du marché*

Dès lors que le marché a été reçu par le service de contrôle de légalité (collectivités et assimilés) ou a reçu le visa du Contrôleur financier lorsqu'il est nécessaire (État et établissements publics d'État), le marché peut être notifié au titulaire.

Article 82 du nouveau Code des marchés publics

« Pour les collectivités territoriales, le marché ou l'accord-cadre est notifié au titulaire après transmission, lorsqu'elle est prévue, au représentant de l'État des pièces nécessaires à l'exercice de son contrôle.
Pour les établissements publics de santé et les établissements publics sociaux ou médico-sociaux, le marché ou l'accord-cadre est notifié au titulaire après réception, le cas échéant, de ces pièces par le représentant de l'État. »

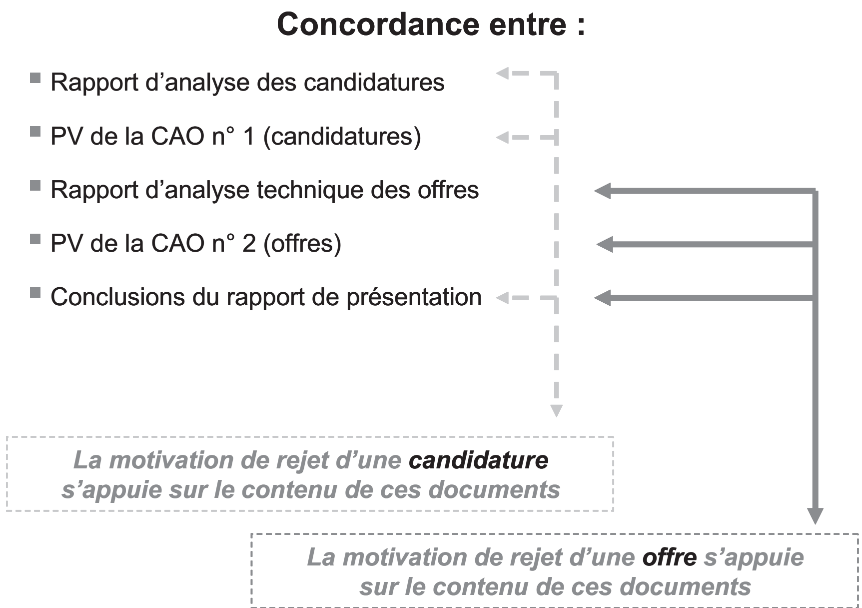


Figure 7.13 La motivation du rejet

La notification permet le début d'exécution des prestations prévues par le marché (l'exécution peut être différée, car subordonnée, par exemple, à l'émission d'un bon de commande ou d'un ordre de service). Un début d'exécution avant notification constitue une grave irrégularité qui affecte aussi bien l'acheteur que le fournisseur.

Conclusion

Devant la diversité et la complexité des besoins satisfaits par la commande publique, le choix de l'offre la plus basse, le « moins-disant », doit demeurer exceptionnel. La règle doit être le choix de l'offre « économiquement la plus avantageuse », c'est-à-dire celle qui représente le meilleur rapport qualité-prix pour satisfaire le besoin de l'utilisateur.

La modernisation de l'achat public passe par quatre exigences :

- une meilleure définition du besoin, préoccupation encore insuffisante et généralement peu formalisée ;
- une bonne connaissance du secteur économique de leurs achats par les acheteurs publics, ainsi qu'une meilleure appréciation de l'entreprise et de son environnement ;
- la professionnalisation des acheteurs, qui découle naturellement des deux précédentes considérations ;
- la simplification des règles juridiques.

Cette démarche repose avant tout sur une bonne connaissance du besoin de l'utilisateur, et sa traduction dans un achat. Cela passe par du bon sens et de la méthode. Le besoin ainsi défini doit être confronté à l'existant et les potentialités du marché économique, afin d'adapter les exigences publiques. Le but reste de trouver un compromis satisfaisant. La tendance est à la banalisation de l'achat public, en ce sens, son rapprochement de l'achat privé : les spécificités de l'achat public sont de moins en moins évidentes (sauf quelques rares exceptions, dans le domaine de la défense en particulier), ce qui ne justifie plus des contrats déséquilibrés voire léonins, facteurs d'importants surcoûts inutiles pour la collectivité

et de diminution de la concurrence. L'évolution actuelle nécessite, on l'a vu dans cet ouvrage, l'acquisition de savoirs et de savoir-faire indispensables. Cette tendance milite pour une professionnalisation des acheteurs publics, requérant la reconnaissance de ce métier, son bon positionnement dans l'organisation et sa rémunération à sa juste valeur. La seule menace de sanctions négatives, de surcroît pénales, ne saurait être qu'un facteur d'immobilisme et non de motivation.

Quant à la dernière exigence, il est toujours permis d'espérer…

Ce contexte général remet indirectement en cause l'organisation administrative de la France, particulièrement complexe et éclatée, faite d'un empilement de structures, qui en fait une exception au sein de l'Europe. Comment les acheteurs des 36 700 communes françaises et des multiples établissements publics locaux, en majorité de très petite taille, pourront-ils surmonter ce défi ? La complexité croissante des procédures, le nécessaire professionnalisme des acheteurs sont hors de portée des plus petites structures, la mutualisation et les prestations internes se heurtant à d'autres difficultés juridiques et pratiques. L'application des directives européennes en dessous des seuils, avec les contraintes et les risques juridiques qu'elle génère pour les petites collectivités publiques, remet en question le bien-fondé de leur existence même, tout au moins dans le domaine des achats.

Sauf à augmenter significativement les moyens, donc le nombre de fonctionnaires, ce qui semble au-dessus des actuelles capacités financières publiques, le pouvoir politique ne pourra faire l'économie d'une réelle mutualisation des moyens et du regroupement des structures, donc de la suppression d'échelons administratifs.

Bien qu'il faille remettre l'économique au cœur de la problématique des marchés publics, ceux-ci resteront toujours soumis à davantage de contraintes juridiques que les achats privés : financés par des fonds publics, la sanction économique de la faillite n'étant pas prévue pour les administrations, un encadrement juridique garantissant un contrôle démocratique reste incontournable et indispensable, sur les plans pratique et philosophique. Mais cela ne doit pas empêcher de rechercher des solutions pour simplifier les procédures et les documents qui restent très redondants et d'une lisibilité difficile, de diminuer les exigences de trop nombreuses

informations aux entreprises, alors même que l'État est, le plus souvent, déjà en possession de ces informations. Enfin, les espaces de liberté et les nouveaux outils octroyés aux acheteurs par l'évolution du droit européen et sa transposition en droit interne, doivent être facteurs de progrès et d'amélioration, sans être contournés par la création de multiples règles locales qui, loin de sécuriser l'achat, sont autant de portes ouvertes au contentieux.

Bibliographie

Thierry Beaugé, *Le nouveau Code des marchés publics*, commentaires et analyse des réformes de 2001 et 2004, AFNOR avril 2004 (ISBN 2-12-380421-5).

Jacques Bernard-Bouissières, *Aide à l'élaboration du cahier des charges fonctionnel, pour une meilleure expression du besoin*, AFNOR octobre 2000, (ISBN 2-12-465048-3).

Patricia Gély, Jacques Walter, *Le Processus achat au service de la performance*, AFNOR juin 2004 (ISBN 2-12-465089-0).

Yves Joncour, Pascal Penaud, *L'Achat public, optimiser la fonction achat approvisionnement dans le secteur public*, Éditions d'Organisation, mars 2000 (ISBN 2-7081-2392-0).

David Koskas, *Comprendre un bilan, 2e édition mise à jour aux normes IFRS*, Éditions Village mondial, août 2005 (ISBN 2-7440-6170-0).

Jean-Arthur Pinçon, *Optimiser les achats par l'analyse fonctionnelle, la méthode OPERA*, éditions de la Performance, novembre 2004 (ISBN 2-915353-07-7).

Robert Tassinari, *Pratique de l'analyse fonctionnelle*, Dunod – *L'Usine nouvelle*, janvier 2003 (ISBN 2-10-005338-8).

Guide GPEM : Guide pour l'étude, la programmation, la conception, la réalisation et l'équipement des locaux de restauration collective.

Annexes

Annexe 1

Canevas de guide d’achat

Annexe 2

Exemple de grille d’analyse multicritères pondérés (format Excel®)

Annexe 3

Abréviations usuelles dans le domaine des marchés publics

Annexe 1
Canevas de Guide d'achat[1]

Collectivité/Service :

Sommaire

Modèles de documents

- ***Première partie : l'achat***
  - Organisation – répartition des tâches entre les services.
  - Le processus d'achat.
  - Fiche d'expression du besoin.
  - Modèles de grille d'analyse des candidatures.
  - Exemples de critères de choix des offres.
  - Formules de notation des critères.
  - Modèles de grilles multicritères pondérés
  - Fiche de suivi d'exécution de marché.

1. Ce document est proposé à titre d'exemple d'un guide pouvant être élaboré à partir de documents existant au sein d'une collectivité publique, enrichis des données collectées dans cet ouvrage ; c'est pourquoi l'ensemble des documents cités n'est pas joint à la présente annexe.

■ ***Deuxième partie : les procédures d'achat***

- Références législatives et réglementaires.
- Délégations de compétence et de signature *(marchés formalisés – marchés adaptés)*.
- Publicité et mise en concurrence (*seuils – schémas simplifiés de procédures du site www.minefi.gouv.fr*).
- Formalisme des pièces contractuelles :
  - demande de devis ;
  - lettre de commande ;
  - CCP valant engagement ;
  - acte d'engagement ;
  - exemples de bordereau des prix unitaires, décomposition de prix forfaitaire.

Un guide d'achat ne signifie pas un guide de procédures, plus ou moins contraignant : la liberté offerte par la réglementation doit être utilisée à bon escient et en connaissance de cause : des guides de procédures trop contraignants, imposant des procédures particulières et des obligations de publicités spécifiques pour les marchés adaptés, sont davantage des « trappes à contentieux », pour reprendre l'expression du commissaire du gouvernement D. Cazas, qu'un gage de sécurité juridique renforcée.

< Document validé et signé du délégataire compétent – évolutif en fonction des enseignements tirés de la pratique locale et des problèmes rencontrés. Collectivités locales : compte rendu pour information à l'assemblée délibérante (pas de validation formelle par l'assemblée). >

■ ***Première partie : l'achat***

□ *Organisation – répartition des tâches entre les services*

< préambule >

	Service opérationnel	**Service marchés**	**Service finances**	**Service achats**	**Service juridique**
Préparation – Analyse du besoin – Cahier des charges – Critères de choix – Veille juridique – Validation					
Passation – Publicité – Procédure – Analyse des offres – Rapport de présentation – Notification					
Exécution – Suivi, réception – Liquidation – Pénalités – Avenants – Contentieux – Retour d'expérience					

Exposé détaillé des tâches respectives
Service opérationnel ....
Service des marchés ....
Service achats ....
Service finances ....
Service juridique ....

☐ *Le processus d'achat : la satisfaction du besoin de la collectivité*

- l'expression du besoin : la demande d'achat ;
- l'analyse du besoin : analyse fonctionnelle et cahier des charges fonctionnel ;
- la transcription du besoin : le cahier des charges et les critères de choix ;
- la commande : procédure (2e partie du guide) ;
- l'exécution et le suivi ;
- le retour d'expérience.

L'expression du besoin : quoi, pourquoi, pour qui ?

Objectif : initier officiellement la commande en s'interrogeant sur la finalité de l'achat projeté et les principales contraintes connues.

< *fiche d'expression du besoin* >

< *fiche sécurité* >

L'analyse du besoin : qui, quoi, comment, quand, où, avec qui ?

Objectif : cerner au plus près les besoins sans restreindre inutilement la concurrence ou augmenter le coût.

< *selon la nature et la complexité de l'achat* >

< *prendre en compte les spécificités travaux* >

La transcription du besoin : qui, quoi, comment, quand, où, avec qui ?

Objectif : éviter une consultation infructueuse et/ou une remise en cause des besoins qui auraient été mal interprétés ou retranscrits par le prescripteur.

< *canevas de cahier des charges fonctionnel* >

La commande : qui, quoi, comment, quand, où, avec qui ?

Objectif : respecter la réglementation et les principes de la commande publique au moindre coût, en proportionnant la procédure au montant et aux enjeux de l'achat.

< *voir* 2e *partie* >

L'exécution et le suivi : qui, quoi, comment ?

Objectif : exécuter le contrat tel qu'il est écrit, sans le remettre en cause et en évitant tous les risques de contentieux avec le contractant.

< *fiche de suivi de marché* >

Le retour d'expérience : qui, quoi, comment ?

Objectif : progresser dans la démarche de l'achat public et de s'adapter avec souplesse à un environnement variable.

< *fiche de retour d'expérience* >

Modèle de demande d'achat

Ce document a pour but d'initier l'achat et d'en garder trace. Il est établi par le bénéficiaire ou par le service dont les missions l'amènent à définir ce besoin.

Il sera enrichi au fur et à mesure de l'instruction du dossier.

Pour des achats élaborés, on peut établir un véritable cahier des charges fonctionnel type, annexé à cette demande sommaire, selon le modèle très pertinent proposé par Y. Joncour et P. Penaud dans L'Achat public, *Éditions d'Organisation, mars 2000.*

Date : ....

QUI ?

Nom du responsable de projet : ....

Service : ....

Nom du décideur : ....

Service : ....

QUOI ?

Nature de la demande :

< *travaux, fournitures, services* >

....

< *spécifique, courant* >

....

<*besoin nouveau, besoin récurrent* >

....

Secteur concerné :

< *bénéficiaire interne/externe* >

....

<*intéresse plusieurs services, si oui, lesquels* >

....

POURQUOI ?

< *finalités attendues : objectifs, contraintes, etc.* >

....

QUAND ?

< *date souhaitée de réalisation* >

....

< *justification de l'urgence* >

....

AVEC QUI ?

< *existence d'un accord-cadre, fournisseurs potentiels, droits d'exclusivité, de propriété intellectuelle…* >

....

AVEC QUOI ?

< *montant prévisionnel si connu* >

....

< *financement, imputation budgétaire, gestionnaire de crédits* >

....

....

Annexe 2
Exemple de grille d'analyse multicritères pondérés

Grille d'analyse multicritères pondérés

FONCTION
=SI(C12>=48;"10";(18-C12)/(18-48)*10)
Signifie évaluation linéaire entre deux bornes
signifie chiffre saisi > ou = à 48, note 10 (écrètement pour durée supérieure à 48 mois)
Calcul de la note : N = 10 x (écart considéré 18 - offre)/(écart maxi 18-48)
incrémentation de 0 à 10 entre 18 et 48 mois
on saisit directement le nombre de mois, même si supérieur à 48

FONCTION
=SI(C17="de 2° à 8°";"2";SI(C17="<20°";"6";SI(C17="<25°";"8";SI(C17="<30°";"10"))))
Signifie incrémentation autoritaire en fonction du chiffre saisi
de 2° à 8° = 2
< *20°* = 6
< *25°* = 8
< *30°* = 10
On saisit directement les conditions de stockage (mots en *italique*).

GRILLE DE SAISIE, NOTATION AUTOMATIQUE

CRITERES / SOUS-CRITERES	coeff.	OFFRE A résultat offre	OFFRE A NOTE/10	OFFRE B résultat offre	OFFRE B NOTE/10	OFFRE C résultat offre	OFFRE C NOTE/10	OFFRE D résultat offre	OFFRE D NOTE/10	OFFRE E résultat offre	OFFRE E NOTE/10	OFFRE F résultat offre	OFFRE F NOTE/10
Valeur technique	4												
Durée conserv. (mois)	1	36		48	10	24	2	48	10	24	2	60	10
Facilité stockage	3	de 2° à 8°	2	<25°	8	de 2° à 8°	2	de 2° à 8°	2	<30°	10	de 2° à 8°	2
Délai livraison	2	2	9	2	9	2	9	2	9	3	8	1	10
PRIX €	4	0,52 €	7	0,57 €	4	0,51 €	8	0,52 €	7	0,58 €	3	0,55 €	5

colonne de saisie

colonne de notes (calcul automatique)

lien

FONCTION
=10*(12-C21)/11
Signifie évaluation linéaire entre deux bornes
Calcul de la note : N = 10 x (écart considéré 12 - offre)/(écart maxi 12-1)
On saisit directement le nombre de jours

FONCTION
=10*(0,63-C23)/0,16
Signifie évaluation linéaire entre deux bornes
note/10 = 10* (0,63-offre)/(écart maxi 0,63 - 0,47)
Calcul de la note : la note moyenne = 5/10 correspond à 0,55€ HT de prix unitaire; une amplitude de 15% correspond aux bornes, soit : 0/10 pour 0,63€, 10/10 pour 0,47 €

TABLEAU MULTICRITERES PONDERES, INCREMENTATION ET CLASSEMENT AUTOMATIQUES

CRITERES / SOUS-CRITERES	coeff.	OFFRE A		OFFRE B		OFFRE C		OFFRE D		OFFRE E		OFFRE E	
		NOTE/10	PONDERE	NOTE/10	PONDERE	NOTE/10	PONDERE	NOTE/10	PONDERE	NOTE/10	PONDERE	NOTE/10	PONDERE
Valeur technique	**4**		**12**		**34**		**8**		**16**		**32**		**16**
Durée conserv. (mois)	1	6	6	10	10	2	2	10	10	2	2	10	10
Facilité stockage	3	2	6	8	24	2	6	2	6	10	30	2	6
Délai livraison	**2**	9	**18**	9	**18**	9	**18**	9	**18**	8	**16**	10	**20**
PRIX €	**4**	7	**28**	4	**15**	8	**30**	7	**28**	3	**13**	5	**20**
TOTAL POINTS	**100**		**58**		**67**		**56**		**62**		**61**		**56**
Classement		**4**		**1**		**5**		**2**		**3**		**6**	

CONTENU
lien avec tableau de saisie
exemple C42 = D20

CONTENU
=D41+D44+D46

CONTENU
= colonne note X colonne coeff
exemple D44 = C44 * B 44

CONTENU
= somme des sous-critères pondérés
exemple D 41 = D42 + D43

Tableau sans aucune saisie manuelle

FONCTION
=SI(D47="";"";RANG(D47;$D47:$N47;0))
Fonction de classement, (attention de bien prendre en compte l'ensemble des colonnes à résultat).
Si des éléments de notes changent, le classement évolue automatiquement (intérêt pour les procédures avec négociation ou les enchères inversées).

NB : Ce document peut être téléchargé en sélectionnant cet ouvrage à l'adresse http://www.boutique-livres.afnor.org, rubrique « Espace lecteur » et en entrant le code 3380512.

Annexe 3
Abréviations des termes les plus utilisés dans le domaine des marchés publics

AOO	Appel d'offres ouvert
AOP	Appel d'offres sur performances (ancien Code)
AO	Appel d'offres
AOR	Appel d'offres restreint
BOAMP	Bulletin officiel d'annonces des marchés publics
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
CAO	Commission d'appel d'offres
CC	Conseil de la concurrence
CCAG	Cahier des clauses administratives générales
CCAG/FCS	Cahier des clauses administratives générales/fournitures courantes et services
CCAG/MI	Cahier des clauses administratives générales/marchés industriels
CCAG/PI	Cahier des clauses administratives générales/prestations intellectuelles
CCAP	Cahier des clauses administratives particulières
CCASS	Cour de cassation
CCM	Commission centrale des marchés (ancienne appellation de la DAJ/MINEFI)

CCP	Cahier des clauses particulières
CCTG	Cahier des clauses techniques générales
CCTP	Cahier des clauses techniques particulières
CDBF	Cour de discipline budgétaire et financière
CDC	Cour des comptes
CE	Conseil d'État
CPS	Caution personnelle et solidaire
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CMP	Code des marchés publics
CMPE	Commission des marchés publics de l'État
CRC	Chambre régionale des comptes
CSM	Commission spécialisée des marchés
DC	Procédure de dialogue compétitif
DAJ	Direction des affaires juridiques (du MINEFI)
DC11	Annexe à l'acte d'engagement/discussions avec les candidats sur la teneur de leur offre
DC12	Annexe à l'acte d'engagement/mise au point du marché
DC13	Annexe à l'acte d'engagement/présentation d'un sous-traitant
DC4	Lettre de candidature (lc) et habilitation du mandataire par ses co-traitants
DC5	Déclaration du candidat (incluses les déclarations sur l'honneur)
DC7	État annuel des certificats reçus
DC8	Acte d'engagement
DCE	Dossier de consultation des entreprises
DGCCRF	Direction générale de la concurrence, consommation et répression des fraudes
GPD	Garantie à première demande
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
MAPA	Marché passé selon la procédure adaptée
PRM	Personne responsable du marché
RC	Règlement de consultation
TA	Tribunal administratif
TGI	Tribunal de grande instance